Bewirkt „Konzentration“ (§ 243 II BGB.) Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Breslau

vorgelegt von

Albert Wilms

Gerichtsreferendar

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1931

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Theodor Süss

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Grete!

Inhalt.

Seite

§ 1. Vorbemerkung 1

I. Kapitel.

Die Gattungsschuld.

§ 2. Begriff und Wesen der Gattungsschuld 3
§ 3. Von der Notwendigkeit einer „Konzentration" bei der Gattungsschuld 7

II. Kapitel.

Die Lehre von der Konzentration als der Transmutation der Gattungsschuld.

§ 4. Darstellung der herrschenden Lehre von der Konzentration als der Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld nach ihrer geschichtlichen Entwicklung, in ihren verschiedenen Variationen und in ihrer Auswirkung 9
§ 5. Konzentration und Gefahrübergang 14
§ 6. Konzentration und der Nachlieferungsanspruch des § 480 BGB. 22
§ 7. Der § 243 II BGB., die Transmutationslehre und die Lehre von der Schuldbeschränkung 26

III. Kapitel.

Darstellung der Lehre von der Schuldbeschränkung (Beschränkung im Erfüllungsobjekt).

§ 8. Voraussetzungen der Beschränkung der Gattungsschuld (Konzentration) nach dem BGB. 32
I. Erfordernisse der Leistungstätigkeit des Schuldners.
A. Im allgemeinen 33
B. Erfordernisse der Leistungstätigkeit des Schuldners im besonderen.
a) Schickschuld 35
b) Bring- und Holschuld 35
C. Ergebnis 36
II. Erfordernisse hinsichtlich des Leistungsgegenstandes . . . 37
§ 9. Das Wesen der Schuldbeschränkung und ihre Wirkung . . . 39
§ 10. Schlußbemerkung 45

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543104_0101

Literatur.

Aenstoots, Die Bedeutung der Frage nach der Konzentration bei der Gattungs- und Wahlschuld. Diss. Erlangen 1914.

Behnisch, Der Gattungskauf. Diss. Breslau 1909.

Bekker im Jahrbuch des gemeinen Deutschen Rechts Bd. 5.

Berndorff, Die Gattungsschuld. Diss. Berlin 1900.

Breit, Das Vinkulationsgeschäft. Tübingen 1908.

Brodmann, Die Handelsgeschäfte, § 30, Die Gattungsschuld. In Ehrenbergs Handbuch 1918 4. Bd. 2. Abt. S. 1 ff., insbes. S. 216 ff.

Cuno, Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Breslau 1900.

Dietze, Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Diss. Rostock 1903.

Donner, Der Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach Bürgerlichem Gesetzbuch unter Berücksichtigung des Römischen Rechts. Diss. Rostock 1904.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. 1903.

Eisser, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag. Berlin 1927.

Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1927.

H. A. Fischer, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden. In Jherings Jahrbüchern Bd. 51 (1907) S. 159 ff.

Friedrich, Der Unterschied zwischen Gattungsschuld und Wahlschuld. Diss. Breslau 1910.

Fröhlich, Das Recht auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache beim Gattungskaufe. Diss. Breslau 1909.

Goedecke, Der Gefahrübergang beim Genuskaufe. Diss. Greifswald 1901.

Goldschmidt, Handelsrecht. 1883.

Großmann, Weltusancen für den Überseekauf. In Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift 1925 Sp. 81 ff.

Grünenwald, Voraussetzungen und Wirkungen der Konzentration bei Gattungsschulden nach dem BGB. Diss. Erlangen 1913.

Haver, Die Gattungsschuld. Diss. Berlin 1900.

Heck, Grundriß des Schuldrechts. 1929.

Hoeninger, Lieferung mangelhafter Ware nach eingetretenem Lieferungsverzuge. In Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1911. S. 578 ff.

Jhering, R., Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakte. In Jahrbücher für Dogmatik Bd. 4 S. 366 ff.
Kisch, Gattungsschuld und Wahlschuld. 1912.
Klein in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1908.
Kocks, Der Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden nach gemeinem und heutigem bürgerlichen Recht. Diss. Rostock 1904.
Koerbitz, Der Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden. Diss. Jena 1911.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. 6. Aufl. 1928.
Kraiczicczek, Das Konzentrationsprinzip bei der Gattungsschuld. Diss. Heidelberg 1911.
Kress, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
Leonhard, Franz, Allgemeines Schuldrecht des BGB. In Bindings Handbuch. München 1929.
— Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1907.
Merziger, Das Verhältnis von Konzentration und Annahmeverzug bei der Gattungsschuld. Diss. Leipzig 1902.
Müller, Der Übergang der Gefahr bei Gattungsschuld. Diss. Leipzig 1905.
Müsch, Wie unterscheidet sich der Genuskauf vom Spezieskauf? Diss. Erlangen 1898.
Neumann, Handausgabe des BGB. 1909.
Nolte, Überseeische Cif-Abladegeschäfte. In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 1926 S. 1 ff.
Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 5. Aufl Berlin 1928/29.
Oppenheim, Die Haftung des Gattungsschuldners. Diss. Marburg 1911.
Oster, Voraussetzungen und Wirkungen der sogenannten Konzentration bei Gattungsschulden. Diss. Rostock 1903.
Planck, Kommentar zum Schuldrecht. 3. und 4. Aufl. Berlin 1907, 1914, 1928.
Plonski, Die Konzentration der Gattungsschuld. Diss. Greifswald 1900.
Quadbeck, Die Konzentration der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Diss. Leipzig 1904.
Regelsberger, Über die Tragung der Gefahr beim Genuskauf. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 49 S. 183 ff.
Rennen, Der Gattungskauf insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Heidelberg 1912.
Ricken, Die Konzentration der Gattungsschuld. Diss. Erlangen 1905.
Roth, Die Haftung des Verkäufers wegen Sachmängel beim Gattungskauf. In Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1918 Sp. 238 ff.
Schmitz, Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Diss. Leipzig 1903.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
— Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49 S. 93 ff.
Schwering, Voraussetzungen und Wirkungen der sogenannten Konzentration der Gattungsschulden. Diss. Leipzig 1903.

Spielberg, Die Schuldbeschränkung bei der Gattungsschuld. Diss. Leipzig 1903.
Staub-Koenige, Kommentar zum HGB. 12./13. Aufl. 1926.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. München 1930.
Süss, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. 1931.
Thöl, Handelsrecht. 1862.
Titze, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1927.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts. München 1910/1918.
— Der allgemeine Teil des schweizerischen Obligationenrechts.
Veith, Die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache. Diss. Breslau 1901.
Weisbecker, Die Gattungsschuld nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Marburg 1910.
Weissmann, Abgrenzung zwischen Gattungsschuld und Wahlschuld. Diss. Erlangen 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wüstendörfer, Zur internationalen Vereinheitlichung des Cif-Geschäftes. In Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift 1926 Sp. 441 ff. und 481 ff.

§ 1.

Vorbemerkung.

Überwiegend wird in Wissenschaft und Praxis die Ansicht vertreten, daß Konzentration[1]) (§ 243 II BGB.) Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld bewirke. Nirgendwo ist der Beweis für die Richtigkeit dieser Theorie erbracht worden. Seitdem Windscheid von der Konzentration der Gattungsschuld geredet und sie als Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld definiert hat, steht der Begriff felsenfest. Man kann hier in der Tat mit Breit[2]) von einer „Verbalsuggestion" reden.

Es soll im folgenden versucht werden, die Unrichtigkeit der herrschenden Transmutationslehre darzutun. Einer Theorie, deren Brauchbarkeit nur durch weitgehende Anwendung der §§ 226, 242 BGB. herbeigeführt wird, kann dann kein Beifall mehr gezollt werden, wenn eine andere Lehre gegeben ist, bei deren Anwendung ohne Berufung auf Treu und Glauben oder Schikane im einzelnen Falle ein billiges, dem Gesetz wie dem Bedürfnis des Wirtschaftslebens entsprechendes Ergebnis gezeitigt wird.

Im Gegensatz zur herrschenden Lehre soll hier die Richtigkeit der von Breit[3]) aufgestellten Theorie, daß durch Konzentration lediglich eine Beschränkung im Erfüllungsobjekt herbeigeführt wird, das Gattungsschuldverhältnis als solches aber in seiner Struktur unverändert bleibt, dargetan werden.

---

[1]) Der Ausdruck „Konzentration" wird bei unserer Darstellung wegen seiner Kürze und auch als allgemein gebräuchlich übernommen. Jedoch nicht in der ihm beigelegten Bedeutung, daß er die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld bezeichne. Wir verstehen unter Konzentration die Rechtsfolge, die sich an den Tatbestand des § 243 II BGB. schließt, nämlich die Beschränkung „des Schuldverhältnisses auf diese Sache" (§ 243). Daß, richtiger Ansicht nach, nur eine Beschränkung im Erfüllungsobjekt eintritt, nicht aber die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umgewandelt wird, soll in den weiteren Ausführungen dargetan werden.

[2]) Breit a. a. O. S. 119.

[3]) Breit a. a. O. S. 113 ff.

Hinsichtlich des Ganges unserer Untersuchungen erscheint es zweckmäßig, zunächst Begriff und Wesen der Gattungsschuld sowie die Notwendigkeit einer „Konzentration“ darzulegen.

Dann soll die herrschende Lehre von der Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld nach ihrer geschichtlichen Entwicklung und in ihren verschiedenen Variationen und auch Wirkungen dargestellt werden. Hieran sollen sich Ausführungen schließen, die dartun, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes wie aus praktischen Bedürfnissen des Wirtschaftslebens und vielleicht auch aus Gründen dogmatischer Klarheit die Lehre von der Konzentration als der Beschränkung im Erfüllungsobjekt den Vorzug verdient. Zuletzt soll eine eingehende Darstellung der von uns akzeptierten Lehre gebracht werden.

I. Kapitel.

Die Gattungsschuld.

§ 2.

Begriff und Wesen der Gattungsschuld.

Die Gattungsschuld ist ein Schuldverhältnis, bei welchem der Gegenstand der Leistung [1]) nicht individuell bezeichnet ist. Vielmehr wird dieser nur durch gewisse Merkmale, die ihm mit anderen gleichartigen Gegenständen gemeinsam sind und die ihn mit diesen als zu einer besonderen Gesamtheit, der Gattung, gehörig erscheinen lassen, gekennzeichnet. Der Begriff „Gattung" ist nicht im naturwissenschaftlichen Sinne aufzufassen. Es kommt hier nicht die Abstammungsgemeinschaft in Betracht [2]). Gattung im juristischen Sinne ist vielmehr ein von den Parteien gedachter Kreis von Individuen, die gleiche Beschaffenheitsmerkmale aufweisen [3]). Je größer nun die Zahl der von den Parteien angegebenen Gattungsmerkmale ist, desto geringer ist naturgemäß die Zahl der als Leistungsobjekte in Betracht kommenden Gegenstände. Eine noch so große Häufung von Gattungsmerkmalen kann aber dem Schuldverhältnis den Charakter als Gattungsschuldverhältnis nicht nehmen. Wesentlich ist nur, daß die Parteien sich vorstellen, daß der Gegenstand der zu erbringenden Sachleistung aus

---

[1]) Im Einklang mit dem Wortlaut des § 243 BGB. ist hier nur von der Gattungssachschuld die Rede. Möglich sind auch Gattungsschulden, die Handlungen, z. B. Arbeitsleistungen zum Inhalt haben (vgl. Oertmann § 243, 1; Planck § 243, 1 und Staudinger-Werner § 243 I, 5). Für solche Fälle gilt § 243 nicht unmittelbar aber möglicherweise entsprechend. Der durch Auslegung zu ermittelnde Parteiwille entscheidet (Staudinger a. a. O.). Die Motive II S. 10 halten für diese Fälle allgemeine Regeln für ausgeschlossen.

[2]) Vgl. Quadbeck a. a. O. § 1.

[3]) Vgl. Jhering a. a. O. S. 405. „Der Begriff des genus ist ein ganz elastischer Begriff." „Ganz dem Ermessen der Parteien anheimgestellt." Vgl. auch Eck a. a. O. S. 236 Anm. 3 und Kisch a. a. O. S. 13; ferner Fischer a. a. O. S. 179 und Enneccerus II § 230.

einer Gattung, d. h. aus einem Komplex von Sachen mit den vereinbarten gleichen Beschaffenheitsmerkmalen entnommen werden soll. Das Wesen der Gattungsschuld dürfte besonders klar werden durch Darstellung des begrifflichen Gegensatzes zwischen Spezies- und Gattungsschuld [4]).

Bei der Speziesschuld wird der zu liefernde Gegenstand durch individuelle Merkmale bezeichnet, es kann nur mit dem bestimmt bezeichneten Objekt erfüllt werden, mag auch noch ein anderer gleichartiger und gleichwertiger Gegenstand vorhanden sein. Das Schuldobjekt kann eben nicht durch ein anderes ersetzt werden. Nur die eine individuelle Sache ist es, die schuldtilgende Kraft hat, nur sie als Individuum kommt zur Vertragserfüllung in Betracht.

Anders bei der Gattungsschuld. Hier wird der zu liefernde Gegenstand nach Artmerkmalen bezeichnet, es kann mit jedem Objekt, welches die angegebenen Eigenschaften aufweist, erfüllt werden; d. h. als Erfüllungsmittel ist jede Sache tauglich, welche die verlangten Artmerkmale aufweist. Vom Standpunkt der Vertragserfüllung aus gesehen kann daher jede Sache, die zu einer Gruppe artgleicher Objekte gehört, geleistet werden.

Der Begriff der Gattungsschuld wird nicht dadurch ausgeschlossen daß die geschuldete Leistung aus einer bestimmten größeren Menge entnommen werden soll, z. B. 10 Zentner Petkuser-Saatroggen 1. Absaat aus dem Bestande des Gutes X [5]). Zum Teil nahm man hier das Vorliegen einer Speziesschuld an, da der Teil eines Konkretums doch auch nur ein Konkretum sein könne [6]). Aus den obigen Ausführungen geht hervor, daß es für die Gattungsschuld nicht wesentlich ist, daß die Zahl der zur Erfüllung tauglichen Sachen unbegrenzt groß ist, sondern nur, daß die Individualität der zu leistenden Sache bei Vertragsschluß unbestimmt ist [7]). Sollte es einen Unterschied machen, ob der Schuldner verpflichtet ist, den ihm unbekannten Leistungsgegen-

---

[4]) Vgl. zu folgendem Kisch a. a. O. § 1.

[5]) Der Fall, den Kisch a. a. O. S. 50 bringt, ist ähnlich. Da aber die Verpflichtung zur Leistung aus einem bestimmten Vorrat als „bloße Nebenabrede" gedeutet wird, kommt Kisch zu einem anderen Ergebnis. In unserem Beispiel dagegen kommt es gerade auf den Saatroggen des Gutes X an.

[6]) So bisher Oertmann (2. Aufl.) zu § 243. Desgl. früher u. a. Dernburg (1899) Bd. 2 S. 27 und Rehbein, Kommentar zu § 243 S. 28 (1903). Teilweise wurde die begrenzte Gattungsschuld auch als eine besondere Schuldart angesehen. Siehe den Überblick bei Kisch a. a. O. S. 1 ff.

[7]) Vgl. Oertmann zu § 243 (Aufl. 1928). Ähnlich Leonhard a. a. O. S. 103.

stand aus einer fest umgrenzten Menge zu entnehmen — deren Grenzen ihm wie dem Gläubiger in vielen Fällen nicht einmal genau bekannt sind — oder ob er die zu liefernde Sache aus einer ihrem Umfang nach ungewissen — vielleicht aber unschwer festzustellenden Menge auszuwählen hat?

Wenn nun auch die begrenzte und die unbegrenzte (reine) Gattungsschuld in ihrem Wesen vollkommen übereinstimmen, so besteht doch ein tatsächlicher Unterschied. Während nämlich die Unmöglichkeit der Leistung bei der reinen Gattungsschuld erst bei Untergang der ganzen Gattung eintritt (§ 279 BGB.), ist Unmöglichkeit der Leistung bei der begrenzten Gattungsschuld gegeben, wenn die Sachgesamtheit untergeht, aus der geleistet werden soll. Das hat aber nur darin seinen Grund, daß hier jener begrenzte Vorrat die von den Parteien bestimmte Gattung bildet. Im übrigen dürfte der Streit über das Wesen der begrenzten Gattungsschuld nunmehr zugunsten der herrschenden Lehre entschieden sein und auch ruhen, nachdem Oertmann sich auf Grund der Ausführungen Kischs in „Gattungsschuld und Wahlschuld" zur herrschenden Lehre bekannt hat[8]).

Wir kommen zu der Frage nach dem Inhalt und dem Gegenstand des Schuldverhältnisses[9]). Unter Inhalt des Schuldverhältnisses wollen wir unter Anlehnung an Staudinger-Werner[10]) die Verpflichtung des Schuldners zu einer Handlung oder Unterlassung sehen, d. h. also die Leistung des Schuldners. Unter Gegenstand des Schuldverhältnisses verstehen wir den durch die Leistung bewirkten Erfolg, mittelbar also auch den Gegenstand der Leistung selbst.

Inhalt der Gattungsschuld ist demnach die Verpflichtung des Schuldners zur Bewirkung der übernommenen Leistungshandlung. Gegenstand des Gattungsschuldverhältnisses ist der Leistungserfolg, der durch Lieferung einer (d. h. irgendeiner) Spezies mit den vereinbarten Artmerkmalen hergestellt wird.

Nicht die Gattung wird also geschuldet. Denn ein Genus als solches, d. h. als Komplex aller Gegenstände der gleichen Art, ist für das Recht eine Spezies[11]). Breit[12]) vertritt die Ansicht, daß die Gattung Vertragsgegenstand sei. Daß er den Vertragsgegenstand auch

---

[8]) Vgl. Oertmann zu § 243 (Aufl. 1928).

[9]) Eine Darlegung der gegensätzlichen Meinungen in der Literatur liegt außerhalb des Rahmens dieser Darstellung. Es sei auf die Ausführungen bei Oertmann a. a. O. S. 8 und bei Planck-Siber a. a. O. S. 37 verwiesen.

[10]) Staudinger-Werner Einl. I, 5.

[11]) Vgl. Bekker S. 363.

[12]) Breit a. a. O. S. 115; dieselbe Ansicht vertrat auch Jhering, vgl. a. a. O. S. 384 unten.

für die geschuldete Leistung hält, geht aus seinen Darlegungen auf S. 115 Zeile 6 hervor, wo er ausführt: „... sie ist Vertragsgegenstand und als solche ist sie zugleich die geschuldete Leistung." Jedoch ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen. Geschuldet kann doch nur werden, womit erfüllt werden kann. Und geleistet werden muß bei der Gattungsschuld eine abstrakt beschriebene Sache. Geschuldet wird also nur eine abstrakt bezeichnete Sache. Nur eine solche Sache ist Gegenstand [13]) des Gattungsschuldverhältnisses.

Es ist keineswegs erforderlich, daß von einem gewissen Zeitpunkt an bei der Gattungsschuld ein bestimmter Schuldgegenstand gegeben sein, d. h. also die Gattungsschuld sich in eine Speziesschuld umwandeln müsse. Es würde das dem Wesen der Gattungsschuld direkt widersprechen. Solange noch nicht erfüllt ist, muß jede Sache, die die vereinbarten Erfordernisse aufweist, als Erfüllungsmittel benutzt werden können. Ob allerdings schon vor der Erfüllung eine Beschränkung im Erfüllungsobjekt eintreten soll — eine Beschränkung, die durch Eintreten weiterer Umstände wieder aufgehoben werden kann —, ist eine andere Frage.

Natürlich stellt sich die Leistung einer gattungsmäßigen Sache als Leistung einer Spezies dar. Diesen Umstand benutzt die herrschende Lehre als Argument dafür, daß sich jede Gattungsschuld einmal in eine Speziesschuld verwandeln müsse, da es dasselbe sei, ob man „die Leistung eines aus dem genus auszuscheidenden Stückes" oder „die Leistung einer spezies" geschuldet sein ließe [14]). So kommt man dann leicht zu dem gewollten Ergebnis, daß sich als Rechtsfolge an den Tatbestand des § 243 II BGB. nur die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld ergeben könne.

Sollte es richtig sein, daß auf Grund des Umstandes, daß schließlich e i n e Spezies zum Zwecke der Vertragserfüllung geliefert werden muß, nun auch zu einer Zeit eine bestimmte Spezies alleiniger Schuldgegenstand werden muß? Dann könnte eine Gattungsschuld als

---

[13]) d. h. mittelbar Gegenstand des Schuldverhältnisses, da wir als Gegenstand des Schuldverhältnisses den durch Lieferung einer spezies herbeizuführenden Leistungserfolg ansahen. Vgl. oben.

[14]) Vgl. H a v e r a. a. O. S. 11; B e k k e r a. a. O. S. 352; K i s c h a. a. O. S. 97. Wir verkennen nicht, wie auch aus den weiteren Ausführungen hervorgeht, daß mit der „Konzentration" die Verpflichtung zur Leistung aus dem Gattungsschuldverhältnis praktisch identisch ist mit der Verpflichtung zur Leistung der ausgeschiedenen Spezies. Das liegt in der Natur der Sache, da ja immer nur mit einem Objekt erfüllt werden kann. Dadurch ist jedoch nicht eine Schuldumwandlung bedingt. Es besteht kein Bedürfnis dafür, daß die Gattungsschuld in die starre Form einer Speziesschuld überführt werde.

solche nie erfüllt werden. Es müßte mit Notwendigkeit — und sei dieses auch schließlich erst eben vor der Erfüllung[15]) — ein Zeitpunkt eintreten, in dem die Gattungsschuld sich in eine Speziesschuld umwandelt.

Wir können dieser Ansicht keinen Beifall zollen. Der § 243 BGB. bestimmt, daß sich in einem gewissen Zeitpunkt das Gattungsschuldverhältnis auf eine bestimmte Sache beschränken solle. Damit ist nicht gesagt, daß irgendeine Wesensänderung des bestehenden Gattungsschuldverhältnisses vor sich gehen solle. Es wird damit lediglich eine Beschränkung im Erfüllungsobjekt angeordnet. Mit einer Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses auf ein Erfüllungsobjekt folgt aber nicht mit logischer Notwendigkeit, daß letzteres nun ausschließlich Schuldgegenstand werden muß, wenn es auch in vielem so behandelt werden wird bezw. behandelt werden kann[16]).

Die Vorschrift des § 243 II verdankt ihre Entstehung lediglich praktischen Erwägungen. So muß z. B. in einem Zeitpunkt der Gattungsschuldner die Möglichkeit haben, den Gläubiger durch Angebot einer konkreten Sache in Annahmeverzug zu versetzen, damit das Schuldverhältnis einmal zu seinem Ende geführt werde. Dieser Erfolg ist aber durchaus unter Wahrung des Gattungsschuldcharakters der Obligation möglich, nicht nötig ist es, anzunehmen, daß deshalb sich die Struktur des Schuldverhältnisses total verändern, daß aus der Gattungsschuld eine Speziesschuld werden müsse.

Wir vertreten daher den Satz: Ob überhaupt eine Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses herbeizuführen sei, war eine Frage, die ausschließlich unter Berücksichtigung des praktischen Bedürfnisses beantwortet werden konnte, und es ist deshalb ebenfalls eine reine Frage der Zweckmäßigkeit, in welchem Umfang man eine Beschränkung herbeiführen will.

§ 3.

Von der Notwendigkeit einer „Konzentration" bei der Gattungsschuld.

Eine Gattungschuld kann naturgemäß nur durch Leistung einer Spezies erfüllt werden. Es muß also einmal eine Spezialisierung der zur Erfüllung bestimmten Einzelsache aus der Gattung vorgenommen werden.

---

[15]) Z. B. wenn erst bei der Erfüllung aus der Gattung ausgeschieden wird.

[16]) Vgl. unten § 9.

Diese Spezialisierung kann nun zeitlich mit der Erfüllung zusammenfallen, so wenn unmittelbar aus der Gattung erfüllt wird, was bei Hol- und Bringschulden denkbar ist. In den weitaus meisten Fällen wird jedoch die Ausscheidung der Erfüllung vorangehen. In den meisten von diesen Fällen wird nun der Schuldner, wenn auch nicht mit der Ausscheidung, so doch zumindest eine Zeitspanne vor dem Erfüllungsakte, alles das getan haben, was er seinerseits zur Herbeiführung des Leistungserfolges zu tun hatte. Soll dann noch die Vorschrift des § 279 BGB. weiter gelten, wonach der Schuldner ohne Rücksicht auf Verschulden zur Leistung verpflichtet bleibt, als solche aus der Gattung möglich ist?

Es war in der Tat eine Frage des praktischen Bedürfnisses, hier die strenge Haftung des Schuldners zu mildern[17]). Er mußte für sein obligationsgemäßes Verhalten belohnt, er mußte von der unbegrenzten Leistungsverpflichtung (§ 279) befreit werden, die Leistungsgefahr[18]) mußte auf den Gläubiger übergehen.

So bestimmt denn auch die Vorschrift des § 243 II, daß sich das Schuldverhältnis auf die ausgeschiedene Sache beschränkt, wenn der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat. Es wird klar, daß die Vorschrift des § 243 II lediglich das Gefahrproblem (d. i. Gefahr im Sinne von Leistungsgefahr!) hat regeln sollen. Alle Erörterungen über die Auswirkungen des § 243 II haben sich daher auf dieses Problem zu beschränken. Bei der Untersuchung, welche Rechtsfolge sich an den Tatbestand des § 243 II knüpft, darf der gesetzgeberische Zweck der Vorschrift nicht unbeachtet bleiben.

---

[17]) Vgl. Leonhard a. a. O. §§ 39, 40.
[18]) Vgl. die Ausführung unten § 5.

II. Kapitel.

Die Lehre von der Konzentration als der Transmutation der Gattungsschuld.

§ 4.

Darstellung der herrschenden Lehre von der Konzentration als der Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld nach ihrer geschichtlichen Entwicklung, in ihren verschiedenen Variationen und in ihrer Auswirkung.

Es wird gelehrt: „In einem gewissen Zeitpunkt muß sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umwandeln, soll überhaupt jemals abgemachte Sache vorliegen. Denn schließlich kann es immer nur eine bestimmte Sache sein, mit der die Schuld erfüllt wird, und von einem gewissen Zeitpunkt ab müssen Gläubiger und Schuldner die Leistung als endgültig bewirkt ansehen.“[1]) Es ist ein Dogma, daß sich jede Gattungsschuld mit der Konzentration in eine Speziesschuld verwandele. Unter Außerachtlassung des mit der Vorschrift des § 243 II BGB. allein verfolgten Zweckes wird der Konzentrationsbegriff seines positiven Charakters vollkommen entkleidet. „Die Konzentration als Transmutation der Gattungsschuld in eine Speziesschuld wird als ein dem Wesen der Gattungsschuld Inhärentes gedacht, wird zur logischen Notwendigkeit.“[2])

Die Transmutationslehre hat ihren Ursprung im gemeinen Recht. Damals bildeten die drei Sätze: „genus perire non censetur“, „Für den Spezieskauf gilt: periculum est emptoris“ und „Mit der Konzentration wird die Gattungsobligation zur Speziesobligation“ eine geschlossene Einheit[3]). Die Theorie des gemeinen Rechts suchte die Rechtssätze

[1]) So der Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 243 unter Ziff. 3; ähnlich alle Kommentare und Lehrbücher.

[2]) Breit a. a. O. S. 117.

[3]) Vgl. H. A. Fischer a. a. O. S. 166.

als Wirkungen der Begriffsstruktur zu erklären. Ein Gefahrübergang bei Gattungsschulden mußte daher auf Umwandlung derselben in Speziesschulden zurückgeführt werden. So wurde dann niemals die Frage aufgeworfen, ob Konzentration wirklich eine Transmutation der Gattungsschuld bewirke; es war dieses bei der üblichen Erklärung der Rechtssätze als Wirkungen der Begriffsstruktur ja auch nicht möglich. Es herrschte in der gemeinrechtlichen Theorie lediglich Streit darüber, wann, d. h. nach Erfüllung welcher Voraussetzungen Konzentration eintrete. Als Schriftsteller über diese Materie sind insbesondere Heyer[4]), Thöl[5]), Jhering[6]), Bekker[7]) und Regelsberger[8]) anzuführen. Hauptsächlich zwei Theorien, an die sich alle anderen Lehren mehr oder weniger anschließen, sind zu nennen; und zwar die von Thöl aufgestellte und von Heyer abgeänderte „Ausscheidungstheorie" und die von Jhering verfochtene „Lieferungstheorie"[9]). Diesem Streit dürfte das BGB. ein Ende bereitet haben, indem es sich nicht vorbehaltlos für eine dieser beiden Theorien entschied[10]), sondern die — allerdings der Lieferungstheorie Jherings angeglichene — Erledigungstheorie[11]) in § 243 II aufstellte.

Die Transmutationslehre wurde von dem BGB. nicht sanktioniert. Nirgendwo redet das Gesetz weder von Konzentration noch Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld. Von der Theorie wurde hingegen die Transmutationslehre fast ausnahmslos übernommen. Kommentare und Lehrbücher bemerken, daß § 243 II BGB. die Konzentration der Gattungsschuld statuiere. Da nun Konzentration die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld bedeutet[12]), so bestimmt eben § 243 II diese Umwandlung.

Wie wirkt sich nun diese Lehre in der Praxis aus? Es soll hier vorerst ein Beispiel aus der Lenelschen Fallsammlung[13]) gebracht werden: Ein Bäcker hat die Annahme einer ihm verkauften Quantität Mehl ohne Grund verweigert. Auf Zahlung belangt, macht er unter Berufung auf § 243 II BGB. geltend, der Kläger habe das ihm früher zugefahrene Mehl inzwischen veräußert und sei deshalb seinerseits nicht

---

[4]) Heyer a. a. O. S. 26.
[5]) Thöl a. a. O. S. 274.
[6]) a. a. O. S. 366 ff.
[7]) Bekker a. a. O. S. 380 ff.
[8]) a. a. O. S. 183 ff.
[9]) von Dernburg „Erfüllungstheorie" genannt.
[10]) Vgl. Leonhard, Der allgemeine Teil des Schuldrechts S. 94.
[11]) Wir gebrauchen diesen Ausdruck im Anschluß an Heck a. a. O. S. 31.
[12]) Vgl. § 1 Diss.
[13]) Lenel, Praktikum des Bürgerlichen Rechts 1926 Fall 239.

mehr in der Lage, den Kaufvertrag zu erfüllen. Der Mehlhändler gibt die Weiterveräußerung zu, meint aber, darauf könne nichts ankommen; er sei jederzeit bereit, dem Bäcker gegen Bezahlung anderes Mehl gleicher Art und Güte zu liefern. — Ohne Zweifel ist in diesem Falle Konzentration eingetreten. Denn der Mehlhändler hatte alles seinerseits Erforderliche getan. Bedeutet nun Konzentration Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld, so war das zugefahrene Quantum Mehl ausschließlich Schuldgegenstand geworden, nur dieses Quantum wurde dann noch geschuldet, nur mit diesem Quantum konnte allein noch erfüllt werden. Soll der Schuldner nun, obgleich er sich obligationsgemäß verhalten hat, bestraft werden, soll er den umständlichen Weg des Selbsthilfeverkaufs einschlagen müssen? Und das alles, weil die Theorie nun mal Konzentration und Transmutation der Gattungsschuld für identisch hält? Gekauft ist „ein" Quantum Mehl, nicht das bestimmte Quantum. Vom Standpunkt der Vertragserfüllung aus muß daher die Lieferung eines jeden Quantums Mehl, das die gewünschten — d. h. durch Vertrag festgesetzten — Eigenschaften aufweist, schuldtilgende Wirkung haben. Die Unbilligkeit, die sich aus strikter Durchführung der Transmutationstheorie ergibt, tritt hier klar zutage.

So wollen denn auch die meisten Anhänger dieser Lehre — auch die Gerichte gehören hierzu — dieses Ergebnis durch Anwendung der §§ 226, 242 abwenden[14]). Auch wird versucht, das aus konsequenter Durchführung der Transmutationslehre sich ergebende offenbar unbillige Ergebnis dadurch abzuwenden, daß man in dem Annahmeverzug des Gläubigers einen Verzicht auf die Konzentration sieht[15]).

Es ist begreiflich, wenn H. A. Fischer energisch auf diesen Widerspruch zwischen dem Prinzip und seiner praktischen Durchführung hinweist. Mit Recht rügt er, wie leicht man hier mit dem Schikaneverbot nach § 226 und der allgemeinen Vorschrift über Treu und Glauben beim Schuldverhältnis bei der Hand ist, sobald der Gläubiger sich auf sein formales Recht berufe[16]). „Man scheint die Konzentration nicht ernst zu nehmen" führt er weiter aus. „Es liegt jener Ansicht bewußt oder unbewußt die Anschauung zugrunde, daß doch nicht jede Konzentration den absoluten Charakter einer Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld trägt."[17]) Und weiter: „Wenn Planck und mit ihm die in Rechtswissenschaft und

---

[14]) Vgl. z. B. OLG. Frankfurt im Recht 1906 Sp. 1192; OLG. Marienwerder in Rechtspr. der OLG. 10, 156; OLG. Celle in SeuffArch. 57 S. 260. Vgl. auch Oertmann zu § 243; Enneccerus Bd. II § 230 II.

[15]) So z. B. Planck-Siber zu § 243 S. 56 unter b.

[16]) H. A. Fischer a. a. O. S. 204.

[17]) a. a. O. S. 205.

Praxis herrschende Lehre die Vorschriften über Treu und Glauben heranziehen, um dem Gläubiger die Berufung auf eine Konzentration abzuschneiden, so ist das nichts anderes, als das Akzeptieren der exceptio doli in anderer Form. Dann wäre es besser, mit der Scheinexistenz der Konzentration ganz aufzuräumen."

Wir müssen H. A. Fischer durchaus recht geben. Wenn wirklich die Konzentration den „absoluten Charakter" einer Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld trägt, dann befinden sich Theorie und Praxis auf einem Irrwege. Kein Schikaneverbot und keine Berufung auf Treu und Glauben könnten die Tatsache, daß aus der Gattungsschuld eine Speziesschuld geworden ist, ungeschehen machen. Es müßten auch die unbilligen Konsequenzen dem Prinzip zuliebe, d. h. aus Achtung gegenüber dem Gesetz in Kauf genommen werden[18]).

Der Versuch Planck-Sibers, den Annahmeverzug des Gläubigers als Verzicht auf die Konzentration zu konstruieren, ist ein Beispiel des häufig üblichen Verfahrens, sachlich erwünschte Erfolge aus der willkürlichen Konstruktion stillschweigender Vereinbarungen abzuleiten. Auch hier dürfte H. A. Fischer[19]) das Richtige sagen: „Selbst wenn man die rechtsgeschäftliche Natur eines solchen Verzichtes nicht allzusehr urgiert, schwebt doch noch alles in der Luft und wird zur Fiktion."

Noch ein weiteres Beispiel aus der Praxis soll gebracht werden, auf Grund dessen die Unzulänglichkeit der Transmutationslehre für die Praxis ersichtlich wird. X hat bei den Y-Werken einen Motorwagen Typ Standard, serienmäßige Ausführung, Pullmann-Limousine bestellt. Es wird abgemacht, daß der Wagen in der Zeit vom 15. bis 20. Mai bei der Filiale der Y-Werke in H. abzunehmen ist. Am 12. Mai schreiben die Y-Werke an X: Wir haben den bestellten Wagen, Motornummer a, Chassisnummer b, mit dem gewünschten Karosserieaufbau an unsere Filiale zum Versand gebracht und bitten um vertragsgemäße Abnahme. Der Wagen kommt in H. am 14. Mai an und wird auf das Lager der Filiale gefahren. Am 15. Mai nachmittags brennt das Lager ab; sämtliche Fahrzeuge werden vernichtet. Konzentration war auch hier ohne Zweifel eingetreten. Die Y-Werke hatten alles ihrerseits Erforderliche getan. Die Y-Werke brauchen nicht noch einmal zu liefern. Aber sollten sie nicht noch den Vertrag erfüllen dürfen? Sollen sie, die durch den Brand Verlust erleiden[20]), auch noch der Mög-

---

[18]) Vgl. Kohler a. a. O. § 39 IV; Breit a. a. O.
[19]) a. a. O. S. 206.
[20]) Die Vergütungsgefahr trugen ja noch die Y-Werke.

lichkeit, den Vertrag zu erfüllen und so den aus dem Kaufvertrag sich ergebenden Gewinn hereinzuholen, verlustig gehen? Sollen sie wirklich, weil der anfänglich zur Lieferung bestimmte Wagen untergegangen ist, nicht mehr fristgemäß einen anderen Wagen in genau derselben Ausführung liefern dürfen? Bei strenger Durchführung der Transmutationslehre ist das der Fall.

Ähnlich liegende Fälle mögen einen Teil der Schriftsteller[21]) bewogen haben, von der Konzentration als einer Umwandlung der Gattungsschuld in eine Stückschuld zu reden, die „lediglich zugunsten des Schuldners“ [22]) eintritt.

Es kann nun eine Schuld Gattungsschuld oder Speziesschuld sein. Ein Mittelding gibt es nicht. Es ist daher die Lehre von der „Umwandlung lediglich zugunsten des Schuldners“ abzulehnen. Die Aufstellung dieser Lehre ist lediglich auf das Bestreben zurückzuführen, die unbilligen Konsequenzen der herrschenden Lehre zu vermeiden.

An dieser Stelle ist noch auf eine Lehre hinzuweisen, die das Konzentrationsprinzip überhaupt verwerfen will. So u. a. Peskatore[23]), der den Konzentrationsgedanken zum Teil als überflüssig, zum Teil als verfehlt bezeichnet. Peskatore hält aber Konzentration für gleichbedeutend mit Transmutation der Gattungsschuld in eine Speziesschuld. Daß eine Konzentration notwendig ist und auch vom Gesetz angeordnet wird, legten wir oben bereits dar.

Nur ganz vereinzelt will man die Transmutationstheorie strikte durchführen. Es sind hier außer H. A. Fischer noch Brodmann[24]) und neuerdings Staudinger-Werner[25]) zu nennen. Brodmann führt aus, daß es nicht einzusehen wäre, warum der Gattungsschuldner nach Konzentration besser gestellt sein solle, als wenn er von vorne herein eine Spezies geschuldet habe[26]). Gewiß, diese Frage kann man

---

[21]) Z. B. Leonhard, Allg. Teil des Schuldrechts § 40; weitere Angaben siehe bei Oertmann zu § 243 S. 34.

[22]) Leonhard a. a. O. S. 100.

[23]) Peskatore a. a. O. S. 309 ff.; vgl. auch Aenstoots a. a. O. § 18 und Behnisch a. a. O. S. 29.

[24]) Brodmann in Ehrenberg 4. Bd. 2. Abt. § 30 S. 219.

[25]) a. a. O. zu § 243. Werner nimmt zwar gegen die Transmutationslehre Stellung, weil es nicht notwendig sei „daß das individuelle Erfüllungsobjekt nach rückwärts als ursprünglicher Vertragsgegenstand gedacht werden müsse“. Auf S. 89 erklärt er aber ausdrücklich, daß die Konzentration Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld bewirke, allerdings sei die spezialisierte Sache erst Vertragsgegenstand vom Zeitpunkte der Konzentration ab. Dieses nehmen aber auch die meisten Vertreter der Umwandlungslehre an.

[26]) a. a. O.; Staudinger-Werner schließen sich dieser Fragestellung an.

den Anhängern der Transmutationslehre, die diese mit Hilfe der §§ 226, 242 korrigieren wollen, mit Recht stellen. Die Antwort aus demselben Lager[27]), die Rechtsordnung sei Interessenschutz und nicht ein Hut, dem man Reverenz zu erweisen habe, zeigt allerdings, daß man nicht gewillt ist, den Schutz von schutzwürdigen Interessen zugunsten der strengen Durchführung einer Theorie zu vernachlässigen.

Wir aber, die wir der Umwandlungstheorie nicht zustimmen, wollen Antwort auf die Frage geben: Muß sich die Gattungsschuld überhaupt jemals in eine Speziesschuld umwandeln? Ist diese Umwandlung mit ihrem „absoluten Charakter" tatsächlich im geltenden Recht begründet?

Die gebrachten beiden Beispiele — denen sich weitere aus der Praxis anreihen ließen — beweisen, daß die Konsequenzen der Transmutationslehre zu zweifellos unbilligen — ja man darf mit Breit[28]) sagen zu ungeheuerlichen — Ergebnissen führen.

Man wird daher der Transmutationslehre nur dann zustimmen dürfen, wenn die Fassung des Gesetzes dazu zwingt.

§ 5.

Konzentration und Gefahrübergang.

Wir führten oben bereits aus, daß im gemeinen Recht Konzentration und Gefahrübergang als notwendige Korrelate angesehen wurden, insofern man sich keinen Gefahrübergang bei der Gattungsschuld denken konnte, ohne daß sich dieselbe konzentriert, d. h. in eine Speziesschuld umgewandelt hätte.

Begreiflicherweise basieren die Motive des ersten Entwurfs zum BGB. auf der gemeinrechtlichen Auffassung. Konzentration und Gefahrübergang blieben verquickt[29]).

Es lautet auch der § 214 des ersten Entwurfes, der dem § 243 II des BGB. entspricht: „Die Auswahl gilt erst dann als vollzogen, wenn die Leistung durch Übergabe der ausgewählten Sache bewirkt oder, sofern schon in einem früheren Zeitpunkte die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, wenn dieser Zeitpunkt eingetreten ist."

Das BGB. spricht in § 243 II nicht mehr von Gefahrtragung. In der neuen Literatur werden trotzdem die beiden Begriffe Konzentration und Gefahrtragung miteinander verbunden. Es dürfte dieses seinen Grund einmal darin haben, daß man die Theorie aus dem ge-

[27]) Vgl. Planck-Siber zu § 243 S. 56.
[28]) a. a. O. S. 134.
[29]) Vgl. Mot. II S. 12.

meinen Recht einfach übernommen hat, zum anderen aber auch darin, daß man über das Verhältnis der §§ 243 II und 300 II BGB. zueinander und auch über die Bedeutung des Wortes „Gefahr" in § 300 II [30]) im unklaren war. Ersichtlich wird dieses aus den Erläuterungen, die eine Reihe von Schriftstellern [31]) zu diesen Paragraphen geben. So wird bei § 243 ausgeführt, daß die Voraussetzungen der Konzentration stets dann vorlägen, wenn die Gefahr auf den Gläubiger übergegangen sei, weil dann der Schuldner stets alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan habe. Und in den Ausführungen zu § 300 II BGB. wird erklärt, daß die Gefahrtragung in diesem Paragraphen eine Konsequenz der Konzentration der Gattungsschuld darstelle, da der Gläubiger durch Nichtannahme der angebotenen Ware erst dann in Verzug geraten könne, wenn der Schuldner infolge der Konkretisierung an die ausgeschiedene Ware gebunden sei [32]).

Daß es logisch nicht einwandfrei ist, einen Umstand (den Gefahrübergang) zugleich für Voraussetzung und Wirkung der Konzentration zu erklären, bedarf keiner näheren Darlegung.

Was verstehen nun die Autoren, die Konzentration und Gefahrübergang für notwendige Korrelate halten, unter Gefahrübergang?

Cuno spricht von Gefahrübergang als von dem Augenblick, von welchem an der Schuldner bei zufälligem Untergang des Leistungsobjektes von seiner Leistungspflicht befreit wird, ohne daß er bei einseitigen Verträgen schadensersatzpflichtig wird und ohne daß er bei gegenseitigen Verträgen den Anspruch auf die Gegenleistung verliert [33]).

So auch der Planck sche Kommentar in der Auflage von 1907 [34]). Nach Ausführungen, daß nach Konzentration § 279 BGB. keine Anwendung mehr finde, vielmehr der Schuldner nach den §§ 275 — 278 von seiner Verpflichtung frei werde, wenn ihm die Leistung ohne sein Verschulden unmöglich werde, wird erklärt: „Bei gegenseitigen Verträgen würde der Schuldner nach § 323, wenn die Leistung der bestimmten Sache ohne sein Verschulden unmöglich wird, auch den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren; diese Vorschrift findet aber in den oben angeführten Fällen (Gattungsschulden) deshalb keine Anwendung, weil hier mit der Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die bestimmte Sache auch die Gefahr auf den Gläubiger übergeht."

---

[30]) Vgl. Planck-Siber a. a. O. S. 50; H. A. Fischer a. a. O. S. 234.

[31]) Vgl. z. B. Planck Aufl. 1904; Staudinger Aufl. 1908; Neumann a. a. O., u. a.

[32]) So auch die Mot. II S. 74. Vgl. auch die Aufzählung bei H. A. Fischer a. a. O. S. 161 ff.

[33]) Cuno a. a. O. S. 15; vgl. auch dort § 7, insbes. S. 22/23.

[34]) Zu § 243 Ziff. 5 S. 13 f.

Die „Gefahr" geht darnach also in dem Zeitpunkt über, in dem die Verpflichtung des Käufers entsteht, trotz evtl. Unterganges der Ware den Kaufpreis zu zahlen. Daß Konzentration und Gefahrübergang in diesem Sinne (d. h. Gefahr im Sinne von Preisgefahr) notwendige Korrelate seien, wurde mit Recht bestritten[35]). Mit Recht wurde behauptet, daß beide — obwohl sie in den meisten Fällen zusammentreffen — nicht zusammentreffen müssen[36]). Es darf hier auf das oben S. 12 gebrachte Beispiel verwiesen werden, mit dem gezeigt wird, daß Konzentration und Preisgefahrübergang nicht zusammentreffen müssen. Konzentration war eingetreten, da die Y-Werke alles ihrerseits Erforderliche getan hatten. Vergütungsgefahr war nicht übergegangen, da der Tatbestand des § 324 nicht vorlag.

Es muß daher festgestellt werden, daß Konzentration und Vergütungs- (Preis-) Gefahrübergang — wenn sie auch meistens zusammentreffen dürften — verschiedene Begriffe sind. Sie stehen nicht etwa in dem inneren Verhältnis von Voraussetzung und Folge zueinander, sondern sie stehen sich unabhängig gegenüber. Vergütungsgefahr ist nie eine Folge der Konzentration, sondern tritt nur auf Grund gesetzlicher Vorschrift ein, so z. B. des § 324 BGB.[37]) und der §§ 446/47. Die Vorschrift des § 300 II ist hier nicht anzuführen, trotzdem dort von „Gefahr" die Rede ist. Das Wort Gefahr wird vom Gesetz in verschiedener Bedeutung gebraucht, ein Umstand, der zu großen Unklarheiten geführt und nicht zuletzt auch den Streit um das Wesen der Konzentration geschürt hat[38]).

So stellt denn auch Leonhard[39]) fest, daß über die Bedeutung des Wortes Gefahr an den verschiedenen Stellen im BGB. vielfach ganz unklare und fehlerhafte Ansichten herrschten. Und weiter: „Diese Lehre gehört zu den mangelhaftesten unserer ganzen Wissenschaft. Selbst bei hervorragenden Schriftstellern finden sich hier schwere Verstöße gegen ganz einfache Rechtssätze."

Gefahrübergang bedeutet nun bei Gattungsschulden, gleichviel ob sie auf einseitigen oder zweiseitigen Verträgen beruhen, eine Entlastung des Schuldners hinsichtlich seiner primären Schuld, also seiner Pflicht zur Erbringung der Leistung, die er durch Vertrag übernommen hat[40]).

---

[35]) Vgl. die ganz ausführlichen und klaren Darlegungen H. A. Fischers a. a. O.; ferner auch Breit a. a. O. § 13.

[36]) Vgl. Düringer-Hachenburg a. a. O. II S. 402.

[37]) In § 324 ist zwar nicht von Gefahrübergang die Rede; aber die Worte „behält er den Anspruch auf die Gegenleistung" besagen ja nichts anderes, als daß eben die Preisgefahr auf den Gläubiger übergegangen ist.

[38]) Vgl. Planck-Siber zu § 243 Ziff. 4 b c.

[39]) Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort S. 48.

[40]) Vgl. zu folgendem Planck-Siber zu § 243.

Wenn gesagt wird, der Schuldner trage bis zur Konkretisierung die Gefahr, so bedeutet das nichts anderes, als daß er bis dahin zu der geschuldeten Gattungsleistung verpflichtet bleibt, auch wenn eine von ihm zur Leistung bestimmte Spezies der Gattung durch einen nicht von ihm zu vertretenden Umstand untergeht oder aus einem andern Grunde nicht mehr geleistet werden kann. Allerdings ist in dieser Bedeutung das Wort Gefahrübergang überflüssig, denn es bedeutet einfach die Kehrseite der Beschränkung der Leistungspflicht des Schuldners auf ein Leistungsobjekt. Gefahrübergang bei gegenseitigen Verträgen, z. B. §§ 446 f., bedeutet im Gegensatz dazu nicht eine Entlastung des Schuldners, sondern eine Belastung des Gläubigers. Der Schuldner behält trotz der Befreiung von seiner Schuld durch eine nicht von ihm zu vertretende Unmöglichkeit seinen Gegenanspruch jetzt wider den Gläubiger; dieser bleibt verpflichtet, ohne auf einen Gegenwert Anspruch zu haben. In diesem Sinne bedeutet also Gefahrübergang eine Festigung der Gegenforderung des Schuldners gegen die Gefahr des Erlöschens, das sich sonst vermöge des Synallagmas an die Befreiung von seiner Schuld anschließt[41]).

Um die Mehrdeutigkeit des Begriffes Gefahr zu vermeiden, ist neuerdings wiederholt versucht worden, durch Zusätze den jeweiligen Sinn des unklaren Wortes festzulegen. So wird die Gefahr dann, wenn es sich um das Schicksal der Gegenleistung handelt, von v. Tuhr[42]) „Gefahr des Kaufpreises", von Wüstendörfer[43]) „Vergütungs- oder Preisgefahr", von Nolte[44]) „Gegenleistungsgefahr" genannt. Gefahr im Sinne der Konzentration will v. Tuhr als „Gefahr der Sache" bezeichnen, während Wüstendörfer und Nolte hierfür den Ausdruck „Leistungsgefahr" prägen. Planck-Siber schließlich spricht von Gefahrübergang im Sinne der Konkretisierung. Uns erscheinen die Ausdrücke „Preis- oder Vergütungsgefahr" und „Leistungsgefahr" treffend gewählt, wenn wir auch nicht verkennen, daß es noch besser wäre, wenn an Stelle von Leistungsgefahrübergang nur von Konzentration geredet würde, wie Planck-Siber es vorschlägt[45]).

Das Gesetz unterläßt es, einen verdeutlichenden Zusatz in § 300 II zu dem Wort Gefahr zu geben. Gemeint sein könnte also sowohl die

---

[41]) Vgl. hierzu H. A. Fischer S. 160; Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort S. 49; Breit a. a. O. S. 136 ff.

[42]) v. Tuhr, Allgem. Teil des schweiz. Obligationenrechts S. 50.

[43]) in Hanseatische Rechtszeitschrift 1918 Sp. 334 ff. und 1926 Sp. 491 ff.; ebenso Großmann-Doerth in Hanseat. Rechtszeitschr. 1925 Sp. 89 ff.

[44]) in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht 1926 S. 52.

[45]) a. a. O. S. 51.

Leistungs- wie die Preisgefahr. Ist die Leistungsgefahr gemeint, so scheint § 300 II eine überflüssige Wiederholung dessen zu sein, was sich bereits aus § 243 II ergibt. Es entspräche dies allerdings dem Standpunkt der Protokolle[46]), die den § 300 II für eine „erwünschte Erläuterung" des § 243 II halten. Sollte der Preisgefahrübergang in § 300 II geregelt werden, so wäre er erst recht überflüssig, weil das Gesetz den Preisgefahrübergang bei gegenseitigen Verträgen infolge Annahmeverzuges, freilich ohne das Wort zu gebrauchen, in § 324 II regelt[47]). Zieht man nun in Betracht, daß § 300 II nicht im Zusammenhang der gegenseitigen Verträge steht, ferner, daß auch § 300 I nur von der eigenen Haftung des Schuldners spricht, so wird der in § 300 II erwähnte Gefahrübergang nur im Sinne der Leistungsgefahr verstanden werden dürfen.

Daher wird sowohl in § 243 II wie in § 300 II an die dortigen Tatbestände dieselbe Rechtsfolge[48]) geknüpft: die Konzentration der Gattungsschuld. Diese Ansicht dürfte, weil von fast allen Schriftstellern nunmehr verfochten, herrschende Lehre sein[49]).

Neuerdings versucht Staudinger-Werner[50]) darzulegen, daß in § 300 II nur die „Gefahr, um den wirtschaftlichen Wert ärmer zu werden" (also Preisgefahr) gemeint sein könne. Wir vermögen dieser Ansicht keinen Beifall zu zollen.

Zunächst stellt Werner fest, daß § 300 II neben § 243 II nicht, wie behauptet, überflüssig, sondern unrichtig sei, wenn durch ihn der Leistungsgefahrübergang festgesetzt werde. Denn dieser erfolge schon durch die Konzentration, nicht erst durch den Annahmeverzug des Gläubigers. Werner übersieht, daß es einen Fall gibt, wo Annahmeverzug vorliegen muß, damit Konzentration eintreten kann. Es ist dieses der Fall der Geldschuld § 270 BGB. Hier muß der Schuldner die Leistungsgefahr tragen, d. h. er bleibt im Falle zufälligen Unterganges zur nochmaligen Leistung verpflichtet. Alles seinerseits Erforderliche dürfte der Schuldner bereits mit der Absendung des Geldes getan haben[51]). Konzentration kann aber hier erst eintreten mit dem Augen-

---

[46]) P. II S. 332.

[47]) Vgl. auch H. A. Fischer a. a. O. S. 232.

[48]) Inwieweit § 300 II neben § 243 II überflüssig gewesen wäre, ist hier nicht zu untersuchen. Es darf aber auf die Ausführungen Planck-Sibers zu § 243 verwiesen werden. Dort wird richtig dargestellt, daß dem § 300 II praktische Bedeutung nur bei Geldschulden zukommt.

[49]) Zu nennen sind hier u. a. Leonhard, Oertmann, Planck-Siber, Wüstendörfer, Großmann-Doerth, Nolte.

[50]) a. a. O. zu § 300.

[51]) Vgl. Staudinger-Werner S. 88.

blick [52]), in dem sich der Gläubiger über die Nichtannahme des Geldes entscheidet [53]). Allein im Hinblick auf den Fall der Geldschuld kann also von einer Unrichtigkeit des § 300 II, wenn er den Übergang der Leistungsgefahr regelt, nicht die Rede sein.

Nach Werner wird aus der Gattungsschuld mit der Konzentration eine Speziesschuld [54]). § 300 II kann demnach also nach Konzentration niemals die Preisgefahr bei Gattungsschulden, also nunmehrigen Speziesschulden, regeln. Es finden dann die Vorschriften der §§ 323 ff. Anwendung. Ohne Konzentration ist aber ein Gefahrübergang in bezug auf eine Einzelsache undenkbar, vielmehr ist es gerade hierfür ein Erfordernis, daß die Sache konkret und nicht bloß abstrakt bezeichnet ist [55]). Demnach könnte in § 300 II nur die Preisgefahr des Unterganges der ganzen Gattung gemeint sein, m. a. W. der Gläubiger, der sich in Annahmeverzug befindet, bliebe zur Zahlung verpflichtet, wenn die ganze Gattung untergeht. So denn auch Werner zu § 300 unter c.

Einen solchen Fall regelt m. E. der § 300 II nicht. Es ist dort davon die Rede, daß die „Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger übergeht, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt". Es ist also von der Nichtannahme der angebotenen Sache (nicht etwa: der ... Leistung) die Rede, also von einem vor vollzogener Aussonderung offenbar unmöglichen Fall [56]). Der Gefahrübergang setzt somit Ausscheidung und Annahmeverzug voraus. Damit ist aber dann Konzentration eingetreten. Wird nun die ausgeschiedene Sache wieder mit der Gattung vermengt, so tritt das Gattungsschuldverhältnis in seiner alten Form wieder zutage [57]). Der Schuldner hat die erfolgte Aussonderung rückgängig gemacht. Die einmal herbeigeführte, aber — tatsächlich — wieder aufgehobene Konzentration kann nun nicht zugunsten des Schuldners irgendwelche Nachwirkungen zeitigen, so — wie Werner will — dem Schuldner den Gegenanspruch im Falle des späteren Unterganges der ganzen Gattung belassen. Eine solche gesetzliche Regelung würde nur zu un-

---

[52]) Denn Konzentration und Leistungsgefahr sind zueinander gehörende Begriffe! Und die Leistungsgefahr trägt bis zur Ankunft des Geldes der Schuldner.

[53]) Nimmt der Gläubiger das Geld an, so kann m. E. von einer Konzentration keine Rede sein, denn dann erlischt ja das Schuldverhältnis durch Erfüllung.

[54]) Vgl. Staudinger-Werner a. a. O. S. 89; siehe auch oben S. 13 Anm. 25.

[55]) Vgl. Wüstendörfer a. a. O. Sp. 493.

[56]) Vgl. Oertmann a. a. O. zu § 300.

[57]) Siehe unten § 9.

billigen Ergebnissen führen. Nur wenn die ganze Gattung untergeht, wäre der Gläubiger zur Zahlung verpflichtet, der Schuldner zur Forderung des Kaufpreises berechtigt. Wenn also nur noch ein Stück der Gattung vorhanden wäre, so hätte der Schuldner kein Forderungsrecht. Und vor welche fast unüberwindliche Schwierigkeiten wäre weiter der Schuldner gestellt, der den Beweis des Unterganges der ganzen Gattung führen müßte. Es würde allemal also rein eine Sache des Zufalls sein, ob der Gläubiger zu zahlen hätte oder nicht.

Das von Werner gebrachte Inflations-Geldbeispiel vermag seine Lehre nicht zu stützen. Der Gläubiger, der am 1. Januar 1923 von seinem Schuldner eine Milliarde Papiermark zu fordern hatte, kann doch auch späterhin, wenn er sich im Annahmeverzuge befindet, nicht mehr verlangen als eben die Leistung von einer Milliarde Papiermark. Der Inhalt der Schuldverpflichtung bleibt doch derselbe, nämlich die Leistung einer bestimmten Summe Papiermark. Kein Schuldner hat — solange nicht eine dahingehende vertragliche Vereinbarung besteht — dafür Gewähr zu leisten, daß zur Zeit der Erbringung der Leistung der Wert der letzteren ein bestimmter sei; und erst recht nicht kann der Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers dafür eintreten, daß die geschuldete Leistung einen bestimmten wirtschaftlichen Wert repräsentiere. Ob allerdings der Gesetzgeber in unglücklichen Zeiten eine Aufwertungsverpflichtung gesetzlich festlegen will, ist eine Frage für sich. Daß aber ein Gläubiger sich auf einen vom Gesetz gewährten Aufwertungsanspruch späterhin nicht berufen kann, wenn er die Annahme der zur rechten Zeit angebotenen Leistung ohne Grund verweigert hat, dürfte ohne weiteres klar sein. Auch das von Werner weiter angedeutete Beispiel dürfte zum Beweis für die Richtigkeit seiner Lehre nicht dienen können. Wenn ich von dem Bankier B 100 000 Mark nominell Z-Aktien kaufe und komme in Annahmeverzug, so ist es ganz selbstverständlich, daß der Bankier keinerlei Gewähr für einen bestimmten Kursstand zu leisten hat, es sei denn, daß dieses ausdrücklich vereinbart bzw. zugesichert ist. Ich muß also den vereinbarten Kaufpreis gegen Lieferung der Aktien zahlen, selbst wenn die Z-Aktiengesellschaft bankerott gegangen sein sollte und daher die gekauften Aktien gar keinen effektiven Wert mehr haben. Eine Gefahr in dem Sinne, wie Werner sie in seinem Beispiel andeutet, hat mit der von uns oben geschilderten Preisgefahr, oder, wie Werner sie nennt, „Gefahr, um den wirtschaftlichen Wert ärmer zu werden", nichts zu tun. Wir möchten eine solche — wenn schon das Wort „Gefahr" gebraucht werden soll — vielmehr „Werterhaltungsgefahr hinsichtlich der geschuldeten Leistung" nennen. Diese Werterhaltungsgefahr geht aber mit dem Zeitpunkte des Abschlusses eines jeden Kaufvertrages über,

mag es sich nun um einen Spezies- oder einen Gattungskauf handeln, und ist das nur eine Selbstverständlichkeit.

Zum Schluß unserer Untersuchungen über das Verhältnis zwischen Konzentration und Gefahrübergang müssen wir noch klarlegen, ob ein Preisgefahrübergang ohne vorherige Konzentration stattfinden kann. Es wird dieses behauptet von Breit[58]), H. A. Fischer[59]) und einigen anderen[60]), und zwar namentlich im Hinblick auf die Sammelsendung. Aber auch in dem Fall der Sammelsendung ist m. E. eine Konkretisierung Voraussetzung für den Preisgefahrübergang, und sie geschieht durch Konzentration auf einen rechnungsmäßigen Bruchteil der individuellen Gesamtmenge[61]). Nur wenn man diese Ansicht vertritt, kann man auch den schwierigen Fällen, die in der Praxis vorkommen, gerecht werden. Wenn 20 Faß Bier von einer Brauerei verschickt werden, von denen A 15 und B 5 erhalten soll, und auf dem Transport gehen 8 zugrunde, so erhält A 9 und B 3 Faß, während beide nach § 447 zur Gegenleistung in Höhe ihres ganzen Schuldbetrages verpflichtet bleiben.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist: Konzentration und Preisgefahrübergang haben heute miteinander nichts mehr zu tun. Wohl ist eingetretene Konzentration Voraussetzung dafür, daß ein Preisgefahrübergang in bezug auf eine bestimmte Sache stattfinden kann. Niemals ist aber ein Übergang der Preisgefahr eine Folge der Konzentration, sondern er findet immer nur auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung statt (so z. B. §§ 324 II, 447). Alle Beweisführung, infolge des Preisgefahrüberganges sei es nur eine Billigkeit, daß mit der Konzentration die Gattungsschuld sich in eine Speziesschuld verwandele[62]), damit der Gläubiger ein Recht auf die bestimmte Sache habe, ist somit hinfällig. Das Gegenteil ist der Fall. Das Verhältnis Konzentration und Preisgefahrübergang bietet keinen Grund dafür, als Wirkung der Konzentration die Transmutation der Gattungsschuld in eine Speziesschuld anzunehmen.

---

[58]) Breit a. a. O. S. 142 f.

[59]) H. A. Fischer S. 236 ff. Fischer gelangt aber zu demselben Ergebnis wie wir, und zwar auf Grund „einer weiteren Auslegung der §§ 300 II, 447" (S. 238).

[60]) Hedemann, Schuldrecht 270; Düringer-Hachenburg, HGB. 2. Aufl. Bd. III S. 85.

[61]) Vgl. Wüstendörfer a. a. O. Sp. 493.

[62]) Vgl. u. a. Cuno § 6; Dietze § 10; Friedrich S. 47; Kocks § 1 und § 6; Koerbitz § 6; Merziger § 12; Rennen S. 51; Quadbeck § 8.

§ 6.

Konzentration und der Nachlieferungsanspruch des § 480 BGB.

Fragen wir uns nun, wie sich der in § 480 dem Käufer der Gattungssache gewährte Nachlieferungsanspruch mit der Lehre von der Konzentration als der Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld verträgt.

In § 480 heißt es: Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandlung oder Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Dem Käufer stehen also bei Lieferung einer mangelhaften Sache nach seiner Wahl drei Rechte zu: Er kann wandeln, mindern oder Nachlieferung einer mangelfreien Sache verlangen [63]). Wandlung und Minderung setzen nun notwendig Konzentration voraus; denn erst in dem Zeitpunkt, wo wir es mit einer Spezies zu tun haben, kann Wandlung oder Minderung in Frage kommen [64]). (Vgl. auch die §§ 460, 461, 463 u. a., wo von einem Mangel der „verkauften S a c h e" die Rede ist.)

Ein Nachlieferungsanspruch ist allein im Wesen des Gattungskaufes begründet, er kann nur so lange bestehen, als eine Transmutation noch nicht stattgefunden hat. Der Spezieskauf schließt begrifflich einen Nachlieferungsanspruch aus, mag auch der Kauf auf Lieferung einer vertretbaren Sache (§ 91 BGB.) gehen.

Gemäß § 243 II kommt es nur dann zur Konzentration, wenn der Schuldner das zur Leistung einer Sache von mittlerer Art und Güte seinerseits Erforderliche getan hat. Es verträgt sich nun durchaus mit der Bestimmung des § 243 I, wonach der Schuldner eine Sache mittlerer Art und Güte zu liefern hat, daß die geleistete Sache mit einem Fehler behaftet ist und daß demgemäß auch durch Lieferung einer solchen Sache die Gattungsschuld zum Erlöschen gebracht werden kann. Denn das Vorhandensein eines Mangels schließt nicht aus, daß die Ware mittlerer Art und Güte ist [65]).

Das dreifache Recht des Käufers aus § 480 hat die gleiche Voraussetzung, nämlich die Tatsache der Lieferung einer mit Mängeln behafteten Sache durch den Verkäufer. Logischerweise muß aber, wenn nicht Inkonsequenz vorliegen soll, die Anwendung des gleichen Rechts-

---

[63]) Entsprechendes gilt bei Tausch, Schenkung und Vermächtnis. Vgl. §§ 515, 524 II und 2183 BGB.

[64]) B e r n d o r f S. 89; B r e i t S. 121.

[65]) B r e i t S. 124; H. A. F i s c h e r S. 215.

satzes auf den gleichen Tatbestand immer die gleichen Rechtsfolgen zeitigen. Bei § 243 II ist das nach § 480 BGB. nicht der Fall, wenn Konzentration wirklich die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld bewirkt. Denn, macht der Käufer von seinem Rechte zu wandeln oder zu mindern Gebrauch, dann muß Konzentration eingetreten sein; verlangt er Nachlieferung, so ist Konzentration im Sinne einer Transmutation undenkbar, denn nur bei einer Gattungsschuld ist ein Nachlieferungsanspruch möglich. Je nachdem also, von welchem Recht aus § 480 der Käufer Gebrauch macht, wäre nach der herrschenden Lehre Konzentration, also Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld eingetreten oder nicht.

Den sich hier ergebenden Widerspruch hat man zu lösen versucht, daß man Konzentration auch bei Lieferung mangelhafter Ware in jedem Falle für eingetreten hält und nunmehr die ädilizischen Ansprüche einerseits, den Nachlieferungsanspruch andererseits in das Verhältnis von Regel und Ausnahme zueinander bringen will. Aber welches ist die Regel und welches ist die Ausnahme? Schmitz[66]) führt aus: Wäre der Nachlieferungsanspruch die Regel, so könnten die ädilizischen Ansprüche um deswillen nicht die Ausnahme sein, weil diese nur gegenüber einer Spezies möglich seien. Vor der Konzentration sei aber nur eine Gattungsschuld vorhanden. Folglich müßten die ädilizischen Ansprüche die Regel, der Nachlieferungsanspruch die Ausnahme sein. Der Nachlieferungsanspruch erkläre sich aus dem Nachwirken der Gattungsschuld auch nach der Konzentration. Ähnlich auch Fischer[67]), der davon spricht, daß der Nachlieferungsanspruch des § 480 eine „Nachwirkung des ursprünglichen Gattungscharakters" sei.

Auch hat man sich auf den Wortlaut des § 480 berufen, wo es heißt, statt der Wandlung oder Minderung könne Nachlieferung verlangt werden. Bei dieser Argumentation kann man sich auf die Protokolle berufen, wo von der praktischen Bedeutung des ausnahmsweise gestatteten Nachlieferungsanspruchs die Rede ist. Es heißt dort[68]), man sei auf Grund der Gewährung des Nachlieferungsanspruchs der Schwierigkeiten überhoben, festzustellen, ob jeweils ein Gattungs- oder ein Qualitätsmangel vorliege. An sich könnte Konzentration bei Gattungsmängeln nie eintreten; liefere der Schuldner nicht aus der vereinbarten Gattung, so habe er eben das Erforderliche nicht getan, während dies bei Qualitätsmängeln nicht zutreffe. Die hier mögliche Konzentration schlösse an sich den Nachlieferungsanspruch aus. Dieser sei aber aus praktischen Gründen dem Gläubiger bewilligt worden.

[66]) Vgl. a. a. O. S. 29.
[67]) a. a. O. S. 214.
[68]) Protokolle I S. 711 ff.

Im Gegensatz zu denen, die auch bei Lieferung fehlerhafter Sachen eine Konzentration als eingetreten ansehen wollen, halten andere jede Fehlerhaftigkeit — mag es sich auch nur um Qualitätsmängel handeln — für Vertragswidrigkeit, so daß bei Lieferung fehlerhafter Ware grundsätzlich keine Konzentration eintrete. Es dreht sich hier um den Streit, ob der Nachlieferungsanspruch Erfüllungs-[69]) oder bloß Gewährleistungsanspruch[70]) ist. Meines Erachtens sollte kein Zweifel daran gehegt werden, daß der Nachlieferungsanspruch Erfüllungsanspruch[71]) ist, denn sonst würde man dem Gläubiger erst dann einen Anspruch auf mangelfreie Ware zubilligen, wenn ihm zuvor mangelhafte geliefert bzw. angeboten worden ist. Die Tatsache, daß in § 480 ausdrücklich die §§ 464 ff. herangezogen werden, schließt nicht aus, den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungsanspruch anzusehen. Es muß beachtet werden, daß der Nachlieferungsanspruch wahlweise neben dem Minderungs- und Wandlungsanspruch dem Gläubiger gegeben ist. Dieses erfordert, daß die gleichen Vorschriften auf den Nachlieferungsanspruch anzuwenden sind. Wäre es anders, so stände der Nachlieferungsanspruch nicht wahlweise neben, sondern als immer noch verbleibende Aushilfe hinter den Gewährleistungsansprüchen[72]). Daß es nicht in das Belieben des Schuldners gestellt ist, bei Geltendmachung des Minderungsanspruchs seitens des Gläubigers von dem Nachlieferungsanspruch des § 480 Gebrauch zu machen, ist eine Folge der Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses auf ein Erfüllungsobjekt. Es ist bei Lieferung mangelhafter Sachen ausschließlich in den Willen des Gläubigers gestellt, von welchem Recht aus § 480 er Gebrauch machen will[73]). Auch ergibt sich die rechtliche Natur des Nachlieferungsanspruches bei der Gattungsschuld meiner Ansicht nach klar aus der Gegenüberstellung von Spezieskauf und Gattungskauf. Beim Spezieskauf kann Mängelfreiheit nicht zum Leistungsinhalt gehören, denn sonst würde die Verpflichtung des Verkäufers auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein[74]). Dieser Gesichtspunkt kommt aber beim Gattungskauf nicht in Frage. Demgemäß gehört die Mängelfreiheit beim Gattungskauf zum Leistungsinhalt. Es kann durch Lieferung mangelhafter Ware der Vertrag nicht erfüllt werden. Der Anspruch auf Liefe-

---

[69]) So die durchaus herrschende Lehre, vgl. Oertmann, Planck, RGR-Kommentar, Staudinger, auch Breit S. 122 ff.

[70]) So Schollmeyer a. a. O.; Fischer a. a. O. S. 214 f. und neuerdings Hoeniger in Leipz.Z. 1911 S. 578; Roth in Leipz.Z. 1918 S. 238.

[71]) Vgl. auch Süss a. a. O.

[72]) Vgl. Oertmann zu § 480.

[73]) Vgl. die Ausführungen unter § 9.

[74]) Planck-Siber zu § 459.

rung einer mangelfreien an Stelle einer mangelbehafteten Sache ist daher nichts anderes als der dem Käufer zustehende Erfüllungsanspruch [75]).

Die Anhänger der Transmutationstheorie, mögen sie den Nachlieferungsanspruch als Erfüllungs- oder Gewährleistungsanspruch ansehen, mögen sie eine Konzentration allemal bei Lieferung mangelhafter Ware eintreten lassen oder auch nur wenn der Käufer wandelt oder mindert, können keine Erklärung für die verschiedenartigen Ansprüche des § 480 geben, die mit der Schuldumwandlungslehre in Einklang zu bringen ist. Konsequenterweise müssen an dieselben Tatbestände bei Anwendung desselben Rechtssatzes dieselben Rechtswirkungen geknüpft werden. Hat aber nun einmal eine Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld stattgefunden, und ist diese mit Naturnotwendigkeit eingetreten und ist nicht eine bloße Konstruktion, so ist es logischerweise nicht denkbar, daß eine einmal vor sich gegangene Umwandlung als nicht geschehen betrachtet wird und das Gattungsschuldverhältnis nochmals zur Entstehung kommt. Aber man setzt sich über die durch die erste Leistung herbeigeführte Konzentrationswirkung als belanglos hinweg. Man stellt fest, daß der Nachlieferungsanspruch einen Genuscharakter habe, daß er eine Nachwirkung der Gattungsschuld darstelle. Oder man nimmt sogar wieder den Schikaneparagraphen (§ 226) zur Hilfe, um darzutun, daß unter Außerachtlassung der Transmutation eine Ersatzlieferung erbracht bzw. gefordert werden darf.

Somit können wir als Ergebnis unserer Untersuchungen hier feststellen, daß der Nachlieferungsanspruch des § 480 und die Konzentration als Transmutation der Gattungsschuld in eine Speziesschuld auch von den Anhängern der Umwandlungslehre nicht in Einklang gebracht werden können. Weiter haben wir aber auch hier wieder gefunden, daß man sich einfach über die Folgerungen aus dem Konzentrationsprinzip hinwegsetzt, wenn sie unbequem werden. Man hilft sich dann unter Berufung auf Schikane und Treu und Glauben. Sollte aber eine Theorie, deren Brauchbarkeit nur durch weitgehende Anwendung der Aushilfsparagraphen 226, 242 herbeigeführt wird, wirklich die richtige sein?

---

[75]) So außer den S. 24 Anm. 69 Genannten noch Eck I § 75; Windscheid-Kipp II S. 711.

§ 7.

Der § 243 II BGB., die Transmutationslehre und die Lehre von der Schuldbeschränkung.

Unserer Erörterung müssen wir hier vorausschicken, daß m. E. der Wortlaut des § 300 II an dieser Stelle nicht dahingehend zu untersuchen ist, ob er die Transmutationslehre rechtfertigt. Wohl stellten wir oben fest, daß auch an den Tatbestand des § 300 II BGB. als Rechtsfolge eine Beschränkung der Gattungsschuld, also eine Konzentration sich anschließt. Da aber § 300 II nur eine wohl überflüssige Bestimmung neben dem § 243 II ist, ihm auch wirklich praktische Bedeutung nur in wenigen Fällen zukommt, so kann sich unsere Untersuchung auf den § 243 II als der allein für die Konzentration in Frage kommenden Vorschrift ausschließlich erstrecken.

A. Im § 243 II steht nicht, daß durch Leistungsbereitschaft [76]) des Schuldners die Gattungsschuld sich in eine Speziesschuld umwandele. Die Vorschrift des § 243 II besagt nur, daß das Schuldverhältnis — d. h. das Gattungsschuldverhältnis — sich auf die ausgeschiedene Sache beschränke.

Es kann durch Vereinbarung der Parteien die Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache eintreten. So wenn der Verkäufer und der Käufer sich dahin einigen, daß eine bestimmte Sache — also z. B. statt „eines" Pferdes das Pferd Hektor — nunmehr alleine zur Erfüllung des Vertrages geliefert werden soll und kann. Es ist dieses aber keine Konzentration im technischen Sinne. Vielmehr tritt in einem solchen Falle an die Stelle der ursprünglichen Gattungsschuld durch Novation eine Speziesschuld. Daß die Parteien in solcher Weise über das Schuldverhältnis disponieren können, ist auch ohne besondere Vorschrift vollkommen selbstverständlich. Mit der Vorschrift des § 243 II hat eine solche vereinbarte Umwandlung nichts

---

[76]) Der Ausdruck ist von Breit übernommen. Wir unterscheiden vollkommene und unvollkommene Leistungsbereitschaft. Vollkommene Leistungsbereitschaft ist in dem Zeitpunkt vorhanden, in dem der Schuldner alles seinerseits Erforderliche getan hat, also in dem der Schuldner alle Handlungen ausgeführt hat, die der Gläubiger obligationsgemäß vom Schuldner verlangen konnte. Wir verkennen durchaus nicht, daß das Wort Leistungsbereitschaft eigentlich nur für Holschulden paßt. Da sich aber kaum ein passendes kurzes Wort findet, das allen Konzentrationsfällen gerecht wird, soll hier von Leistungsbereitschaft geredet werden, allerdings in dem oben ausgeführten Sinne.

zu tun [77]). Auf dieses Verhältnis müssen alle Normen des Spezieskaufes ohne Ausnahme angewandt werden. Eine solche Schuldabänderung mit ihren Folgen wird von Fischer [78]) geleugnet mit der Begründung, die Umwandlung des Schuldverhältnisses im Falle der vertraglichen Abmachung sei nicht Willkür der Parteien, sondern, wie bei der gewöhnlichen Konzentration, durch die natürliche Notwendigkeit der Beschränkung herbeigeführt. Selbst wenn man aber die Notwendigkeit einer Umwandlung für alle Fälle bejahen will, läßt sich diese Auffassung m. E. nicht halten. Die Parteien beabsichtigen doch in einem solchen Falle tatsächlich eine Aufhebung der bisherigen Gattungsschuld und Begründung einer Speziesschuld.

Es ergeben sich hieraus wichtige Folgen: Von einem Einflusse des bisherigen Gattungsschuldverhältnisses auf die neu entstandene Sachschuld kann bei einer Umwandlung durch Novation keine Rede sein. Der Verkäufer kann unter allen Umständen die Lieferung der vereinbarten Sache verlangen, er braucht sich in keinem Falle gefallen zu lassen, daß ihm der Schuldner an Stelle der verabredeten Sache eine andere liefere. Auch kann der Nachlieferungsanspruch des § 480 nicht geltend gemacht werden. Alle diese Folgen ergeben sich unmittelbar aus dem übereinstimmenden Willen der Parteien, von nun an das genau bezeichnete Leistungsobjekt zum alleinigen Schuldgegenstand zu machen, ergeben sich aus der Tatsache, daß an Stelle der Gattungsschuld eine Speziesschuld getreten ist.

Oppenheim [79]) will eine vertragliche Umwandlung deshalb als Konzentration im technischen Sinne gelten lassen, weil es häufig kaum zu unterscheiden sei, ob eine vertragliche Umwandlung stattgefunden habe oder nur eine Beschränkung gemäß § 243 II eingetreten sei [80]). Das von ihm gebrachte Beispiel stellt einen Fall dar, wo auf den ersten Blick nicht ersichtlich wird, ob ein Vertrag abgeschlossen ist oder nicht, wo vielmehr noch eine Feststellung des dahin gehenden Parteiwillens

---

[77]) Vgl. auch Breit a. a. O. S. 147; Endemann I § 119 A. 13; Oertmann zu § 243 unter 4. And. Ansicht H. A. Fischer a. a. O. S. 187. Vgl. dagegen aber Klein in Seuff. Bl. f. Rechtsanw. S. 575/76 und die dort Note 2 Genannten.

[78]) a. a. O. S. 186.

[79]) a. a. O. S. 32.

[80]) Oppenheim kommt zu dem Schluß: Wenn schon eine Unterscheidung zwischen Konzentration und vertraglicher Schuldabänderung Schwierigkeiten bereitet, so erhelle daraus, daß die vertragliche Umwandlung von der Konzentration in ihrem Wesen nicht verschieden sein könne. Auf Grund einer solchen Konstruktion dürfte m. E. kein Beweis — wie es Oppenheim glaubt — dafür erbracht sein, daß Konzentration notwendig Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld bewirkt.

nötig ist. Es dürfte nicht angängig sein, eine vertragliche Schuldumwandlung (also Novation) deshalb als „Konzentration" aufzufassen, weil das Vorhandensein eines Vertrages, durch den die Umwandlung bewirkt wurde, nicht klar zutage tritt; oder gar auf Grund solcher Fälle zu dem Schluß zu gelangen, daß ein Unterschied zwischen Konzentration und der durch Vereinbarung der Parteien eintretenden Beschränkung „in Wahrheit nicht vorhanden sei". Es ist in zweifelhaften Fällen eben eine Sache des Beweises, welcher Rechtsvorgang stattgefunden hat. Mag die Partei, die sich im Streitfalle auf eine vertragliche Umwandlung beruft und daraus Rechte ableitet, das Zustandekommen des Vertrages beweisen. M. E. ist es jedenfalls nicht angängig, einen rechtlichen Vorgang — hier den Vertrag auf Umwandlung — deshalb in die Klasse einer bestimmten Art von Rechtsvorgängen — der Konzentration — einzureihen, weil es unter Umständen erst eines Beweises bedarf, daß der bestimmte rechtliche Vorgang — also der Vertragsschluß — von den Parteien gewollt ist. Die von Oppenheim herangezogene Entscheidung des Reichsgerichts[81]) dürfte eher gegen als für seine Ansicht sprechen. Es sagt das RG.: Die rechtliche Möglichkeit, durch eine vor der effektiven Erfüllung im Einverständnis beider Parteien ausgeführte Spezialisierung die vorhandene Unbestimmtheit der Leistung zu beheben, versteht sich von selber. Sie wird in den Quellen des römischen Rechtes so gut wie in § 243 BGB. als gegeben vorausgesetzt, ohne daß es für erforderlich erachtet wäre, ihrer besonders Erwähnung zu tun. Wir können hieraus nur entnehmen, daß der § 243 mit dem Fall der vertraglichen Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld in keinerlei Verbindung gebracht werden sollte.

B. Weiter tritt durch die Erfüllung mit Notwendigkeit eine Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache ein[82]). Der Schuldner ist nicht befugt, die einmal vollzogene Leistung zurückzufordern und an ihre Stelle ein Quantum gleicher Gattung dem Gläubiger anzubieten. Es ist das aber nichts anderes als die einfache Folge des Erlöschens des Schuldverhältnisses. Hier soll nochmals darauf hingewiesen werden, daß die geleistete Sache nicht Vertragsgegenstand geworden ist[83]). Bis zur Erfüllung ist „eine" Sache, d. h. nur eine gattungsmäßig bestimmte Sache geschuldet, also Vertragsgegenstand. Mit der Erfüllung erlischt aber das Schuldverhältnis, so daß dann von einem „Vertragsgegenstand" nicht mehr die Rede sein kann. Man kann m. E. von einem Vertragsgegenstand nur so lange reden,

---

[81]) RG. 43 S. 183 f., vgl. insbes. S. 184.
[82]) Vgl. Breit S. 147.
[83]) Oben § 2.

als ein Anspruch auf Lieferung einer Sache (also eines Vertragsgegenstandes) vorhanden ist. Deshalb ist auch die geleistete Sache nichts anderes als die Spezies, mit der die Gattungsschuld erfüllt wurde, sie ist das Leistungsobjekt.

C. Es sollte m. E. darüber kein Zweifel herrschen, daß die Vorschrift des § 243 II sich nicht auf die Fälle bezieht, wo Leistungsbereitschaft [84]) und Erfüllung zeitlich zusammenfallen [85]). Anderer Ansicht allerdings die herrschende Lehre, die auch bei diesen Fällen von Konzentration im Sinne einer Umwandlung spricht, die mit der Erfüllung zeitlich zusammenfalle. Es ist dieses die Durchführung des Gedankens, daß sich jede Gattungsschuld einmal in eine Speziesschuld umwandeln müsse. H. A. Fischer [86]) als eifriger Verfechter der Transmutationslehre hält es jedoch für zweckmäßiger, von Konzentration dann nicht zu sprechen, wenn diese zeitlich mit der Erfüllung zusammenfällt. Fest steht jedenfalls, daß es einer Bestimmung, daß sich das Schuldverhältnis auf eine Sache beschränke, zur Regelung der Fälle nicht bedurfte, wo Beschränkung auf eine Sache und Erfüllung zusammenfallen. Oben wurde bereits ausgeführt, daß mit der Erfüllung notwendigerweise eine Beschränkung im Erfüllungsobjekt eintritt. Es wird also die Rechtslage im Falle der Erfüllung einer Gattungsschuld, ohne zeitliches Vorangehen der vollkommenen Leistungsbereitschaft auf seiten des Schuldners, durch die Vorschrift des § 243 II in keiner Weise berührt, und erscheint es daher richtig, von Konzentration (i. S. des § 243 II) nur in solchen Fällen zu reden, in denen Leistungsbereitschaft und Erfüllung auseinanderfallen.

D. Wir haben somit festgestellt, daß die Vorschrift des § 243 II dann nicht zur Anwendung kommt, wenn durch Vertrag eine Schuldumwandlung stattgefunden hat und wenn Leistungsbereitschaft und Erfüllung zeitlich zusammenfallen. Nur wenn Leistungsbereitschaft und Erfüllung zeitlich auseinanderfallen, wird durch Anwendung der Vorschrift des § 243 II der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck erreicht. Es wird der Schuldner, der sich obligationsgemäß verhalten hat, von der so gut wie unbegrenzten Leistungsverpflichtung nach § 279 befreit.

§ 243 II spricht von der „Beschränkung" des Gattungsschuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache. Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine bestimmte Sache ist aber sprachlich [87]) etwas anderes als Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld. Hätte der

---

[84]) Vgl. die Ausführungen in § 8.
[85]) Dazu siehe auch Breit a. a. O.
[86]) a. a. O. S. 169 f.
[87]) Vgl. Grimm, Deutsches Wörterbuch: Beschränkung = Einschränkung, d. h. eine Einbuße, eine Begrenzung oder Einengung.

Gesetzgeber die Umwandlungslehre sanktionieren wollen, so hätte er vermutlich von einer Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld auch gesprochen. Der Wortlaut des Gesetzes spricht daher eher gegen als für die herrschende Lehre.

Die im Laufe unserer Ausführungen gebrachten Beispiele aus der Praxis haben bewiesen, daß eine strenge Durchführung der Transmutationslehre auf Grund der Zweckbestimmung jeder Rechtsordnung, Interessenschutz zu sein, nicht angängig ist. Aus der von den meisten Vertretern der Transmutationslehre verfochtenen Ansicht, daß in manchen Fällen eine strikte Durchführung der Umwandlungslehre aus dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben nicht durchführbar sei, kann unbedingt der Schluß gezogen werden, daß die strenge Durchführung der herrschenden Lehre von der Konzentration dem allgemeinen Rechtsempfinden widerspricht, also auch den zu wahrenden Interessen nicht entspricht. Die Transmutationslehre läßt sich somit nur aufrecht erhalten, wenn der Wortlaut des Gesetzes „beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache" nichts anderes bedeuten kann, als daß sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umwandele.

Wenn aber mit dem Wortlaut des § 243 II eine andere Lehre verbunden werden kann, die sprachlich mit ihm ebensogut vereinbar ist, und die auch zu billigeren Ergebnissen in der Praxis führt, ohne sich immer auf Treu und Glauben berufen zu müssen, so dürfte einer solchen Lehre anstatt der Transmutationslehre der Vorzug zu geben sein. Eine solche Lehre gibt es. Es ist die von Breit aufgestellte Theorie von der Konzentration als der Beschränkung im Erfüllungsobjekt[88]).

E. Es erscheint angebracht, im Anschluß hieran kurz darzutun, welchen Widerhall die Lehre von der Schuldbeschränkung im Schrifttum gefunden hat. Solche Ausführungen sind an dieser Stelle schon möglich, da die gegen die Breitsche Theorie vorgebrachten Argumente sich weniger gegen die Begründung der Lehre richten, als vielmehr an dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 243 anknüpfen, um die Unzulänglichkeit der Breitschen Lehre darzutun.

Soweit bisher in der Literatur überhaupt auf die von Breit aufgestellte Theorie eingegangen wurde, ist sie fast ausnahmslos abgelehnt worden[88]). Die vorgebrachten Argumente sind aber nicht geeignet, die Lehre zu Fall zu bringen. Es kann nicht angängig sein, mit Behnisch[89])

---

[88]) Übernommen wurde sie von Staudinger-Kuhlenbeck, vgl. 7./8. Aufl. des Kommentars. Ferner auch Grünenwald. Teilweise wird die Breitsche Lehre selbst in neuen Kommentaren nicht einmal erwähnt, so z. B. von Oertmann.

[89]) a. a. O. S. 29.

deshalb die Lehre von der Beschränkung im Erfüllungsobjekt abzulehnen, weil sie „der geschichtlichen Entwicklung der Konzentration" widerspricht. Es dürfte eher Aufgabe der Rechtslehre sein, dem Interessenschutz zu dienen, als geschichtliche Tradition zu pflegen. Ferner dürfte der Argumentation von Aenstoots[90]) nicht zuzustimmen sein, daß die Lehre von der Schuldbeschränkung „nicht mit dem Wortlaut und dem Sinne des Gesetzes in Einklang zu bringen sei". Der Wortlaut des § 243 II „beschränkt sich das Schuldverhältnis" zwingt nicht dazu, eine Schuldumwandlung als alleine ihm gerecht werdend anzunehmen. Dieses wurde oben auch schon ausgeführt. Sinn einer Gesetzesvorschrift kann nur sein, den durch sie verfolgten Zweck zu erreichen. Zweck der Vorschrift des § 243 II ist aber lediglich, den Schuldner, der alles seinerseits Erforderliche getan hat, zu belohnen[91]), ihn von der so gut wie unbegrenzten Verpflichtung zur Leistung nach § 279 zu befreien. Dieser Zweck wird durch die Lehre von der Schuldbeschränkung erreicht. Die Lehre entspricht daher auch dem Sinne der Vorschrift des § 243.

---

[90]) Aenstoots S. 95.
[91]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht S. 101.

III. Kapitel.

Darstellung der Lehre von der Schuldbeschränkung (Beschränkung im Erfüllungsobjekt).

§ 8.

Voraussetzungen der Beschränkung der Gattungsschuld (Konzentration) nach dem BGB.

Wir gelangen nunmehr zur Darstellung der von uns vertretenen Lehre von der Beschränkung der Gattungsschuld auf ein Erfüllungsobjekt als der an den Tatbestand des § 243 II geknüpften Rechtsfolge. Zunächst ist über die Voraussetzungen der Schuldbeschränkung auszuführen.

Das BGB. verlangt für den Eintritt einer Konzentration, daß der Schuldner das zur Leistung der Gattungssache seinerseits Erforderliche getan habe. Erfordert wird also zweierlei: eine Tätigkeit des Schuldners sowie eine geeignete Sache, auf die sich die Tätigkeit bezieht. Für unsere Untersuchung ergibt sich hieraus folgende Einteilung: Erfordernisse hinsichtlich der Leistungstätigkeit des Schuldners und Erfordernisse hinsichtlich des Leistungsgegenstandes. Unseren Ausführungen wollen wir im folgenden den Gattungskauf als den häufigsten Fall der Gattungsschuld zugrunde legen. Auch werden wir bei unserer Untersuchung die von Jhering aufgestellte Dreiteilung in Hol-, Bring- und Schickschulden beibehalten. Welche von diesen Schuldarten im konkreten Fall vorliegt, kann immer nur unter Beachtung der ganzen Art des Schuldverhältnisses wie der Abmachungen der Parteien festgestellt werden. Zweifelhaft kann es mitunter sein, ob Bring- oder Schickschuld vorliegt, zumal im täglichen Leben die Ausdrücke „bringen" oder „schicken" leicht verwechselt werden[1]). Entscheidend ist dann immer der wirkliche oder mutmaßliche Wille der Beteiligten, auf den letzten Endes aus den Konsequenzen und auch aus der Verkehrssitte geschlossen werden kann.

[1]) Vgl. dazu auch die Ausführungen Jherings a. a. O. S. 427 f.

I. Erfordernisse der Leistungstätigkeit des Schuldners.

A. Im allgemeinen.

Die schuldnerische Gesamttätigkeit läßt sich in zwei Hauptteile zerlegen, in eine Vorbereitungs- und in eine Erfüllungstätigkeit. Lediglich die Vorbereitungstätigkeit des Schuldners ist einer Untersuchung zu unterziehen, da nur an sie sich eine „Konzentration" anschließt. Oben in § 7 haben wir schon ausgeführt, daß im Zeitpunkt der Erfüllung der Gattungsschuld von einer Konzentration nicht mehr die Rede sein sollte.

Die Vorbereitungstätigkeit des Schuldners setzt seine Leistungsbereitschaft voraus. D. h., der Schuldner muß den Willen und auch die Möglichkeit haben zu erfüllen. Man kann also von einer psychischen und einer physischen Leistungsbereitschaft sprechen. Letztere ist ohne die erstere nicht denkbar, während psychische Leistungsbereitschaft ohne die physische juristisch ohne Belang ist. Man kann juristisch also erst dann von Leistungsbereitschaft reden, wenn der Leistungswille in die äußere Erscheinung tritt.

Der Grad der Leistungsbereitschaft kann nun ein verschiedener sein, und ist hier mit Breit[2]) von vollkommener und unvollkommener Leistungsbereitschaft zu reden. Vollkommen ist sie dann, wenn der Schuldner sich nicht nur an und für sich leistungsbereit zeigt, sondern auch eine solche Sache leisten will, die den vereinbarten und gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Ist letzteres nicht der Fall, so ist die Leistungsbereitschaft eine unvollkommene, vorausgesetzt, daß die Sache, mit welcher der Schuldner leisten will, überhaupt noch zu der vereinbarten Gattung gehört. Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Scheidung von vollkommener und unvollkommener Leistungsbereitschaft. Aus der Norm des § 243 II scheint man auch eher den gegenteiligen Schluß ziehen zu müssen. Jedoch ist eine solche Einteilung nötig, um die verschiedenartigen Rechtsbehelfe des § 480 BGB. erklären zu können[3]). Unvollkommene Leistungsbereitschaft darf allerdings nicht verwechselt werden mit mangelnder Leistungsbereitschaft. Auch die unvollkommene Leistungsbereitschaft setzt ein abgeschlossenes Verhalten des Schuldners voraus[4]). Zumindest ist erforderlich, daß eine Ausscheidung[5]) eines Quantums aus der Gattung erfolgt ist. Bei Schickschulden muß weiter eine Übergabe an den Fracht-

---

[2]) Vgl. Breit S. 161 f.
[3]) Breit S. 162.
[4]) Vgl. unten § 9.
[5]) D. h. durch Spezialisierung im engeren, weiteren oder weitesten Sinne (vgl. weiter unten).

führer erfolgt sein. Bei Hol- und Bringschulden ist Anzeige der erfolgten Ausscheidung bezw. Realangebot erforderlich. So kann also auch nicht von nur unvollkommener Leistungsbereitschaft die Rede sein, wenn der Schuldner erfüllen will mit Sachen, die der Gattung überhaupt nicht angehören.

Die Leistungsbereitschaft des Schuldners äußert sich zunächst in der Spezialisierung der vertragsmäßig zu liefernden Ware. Diese leitet die Tätigkeit des Schuldners überhaupt erst ein. Solange sie nicht erfolgt ist, beharrt der Schuldner in einem passiven Zustande, während dessen Dauer höchstens von einer psychischen Leistungsbereitschaft gesprochen werden kann, die, als rechtlich irrevelant, irgendwelche Konzentrationswirkungen nicht auslösen kann.

Was ist nun unter Spezialisierung zu verstehen? Ratsam ist es, zwischen Spezialisierung im engeren, weiteren und weitesten Sinne zu unterscheiden [6]). Spezialisierung im weitesten Sinne bedeutet eine Anfangstätigkeit des Schuldners. Sie besteht in einer Tätigkeit, die der Schuldner vornimmt, um die erst später vorzunehmende Aussonderung zu erleichtern, so etwa in einer Signierung, Absteckung oder sonstiger Kenntlichmachung. Es kommt also nicht auf die körperliche Entnahme an. Nur muß diese so weit vorbereitet sein, daß sie sofort ohne erhebliche Umstände bewerkstelligt werden kann.

Spezialisierung im weiteren Sinne ist die körperliche Entnahme der Ware der Gattung en bloc, ohne weitere Detaillierung. Es ist dieses der Fall der Sammellieferung [7]).

Bei der Spezialisierung im engeren Sinne wird die der Gattung entnommene Warenlieferung detailliert, d. h. eine Warenmenge, soweit für die Erfüllung der Obligation nötig, ausgesondert. Es ist dieses die hauptsächliche Art der Spezialisierung.

Unsere Ausführungen behandelten bisher den Beginn der Leistungsbereitschaft, d. h. die Tätigkeit des Schuldners, die bei allen Schuldarten gleichmäßig erforderlich ist. Die weiter erforderliche Tätigkeit ist verschieden, je nachdem es sich um Schick-, Hol- oder Bringschulden handelt.

---

[6]) Vgl. Grünenwald S. 31.

[7]) Oben wurde schon ausgeführt, daß bei der Sammelsendung zweckmäßigerweise angenommen wird, daß Konzentration auf einen rechnungsmäßigen Bruchteil der individuellen Gesamtmenge eintritt (vgl. § 5).

B. Erfordernisse der Leistungsfähigkeit des Schuldners im besonderen.

a) Schickschuld.

Die Schickschuld bildet den häufigsten und wichtigsten Fall der Gattungsschuldverhältnisse. Sie bedeutet, daß der Schuldner vertraglich die Übersendung der geschuldeten Sache an den Wohnort des Gläubigers auf dessen Verlangen übernommen hat. Der Erfüllungsort im Sinne des Gesetzes wird hierdurch nicht geändert. Erfüllungsort ist und bleibt der Wohnsitz des Schuldners[8]). Auch der Eigentumsübergang erleidet keine Verschiebung oder Änderung, sondern es verbleibt bei der Regel, daß der Gläubiger erst durch Übergabe der Sache Eigentümer wird. Lediglich Konzentration tritt mit Übergabe der Sache an die Anstalt oder Person, welche den Transport besorgen soll, ein. Mehr hat der Schuldner nicht zu tun, sofern die Schickschuld nicht zur Bringschuld werden soll. Weniger darf er nicht tun, denn er hat sich zum Schicken verpflichtet. Der Moment der Übergabe an den Frachtführer bedeutet also den Zeitpunkt, in dem der Schuldner das seinerseits Erforderliche getan hat. Damit ist der Zustand der Leistungsbereitschaft perfekt geworden.

Der Eintritt der Konzentration folgt hier nicht etwa, wie auch oben schon bei der Darlegung des Verhältnisses von Konzentration zu Gefahrübergang ausgeführt, daraus, daß nach § 447 beim Kaufe[9]) die Gefahr (Preisgefahr!) auf den Gläubiger übergeht, sondern einfach aus dem Umstande, daß aus der Übernahme der Versendung, zu welcher der Schuldner an sich nicht verpflichtet ist, eine wesentliche Verschlechterung seiner Lage gegenüber der des Holschuldners nicht folgen darf. Eine solche würde es aber bedeuten, wenn der Schuldner bei zufälligem Untergang der auf dem Transport befindlichen Ware zur nochmaligen Leistung verpflichtet wäre.

b) Bring- und Holschuld.

In den beiden anderen Fällen, also wenn der Schuldner verpflichtet ist, die Sache auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln (Bringschuld), oder wenn der Gläubiger verpflichtet ist, die bestellte Ware beim Schuldner abzuholen (Holschuld), soll nach viel vertretener Ansicht der Schuldner erst dann das zur Leistung seinerseits Erforderliche getan haben, wenn der Gläubiger durch Nichtannahme der ordnungsmäßig angebotenen Sache

---

[8]) Vgl. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort S. 46. Vgl. auch ebenda S. 121 ff. Daß in gewissen Fällen ein anderer Schuldort möglich ist, braucht in unserer Darstellung nicht berücksichtigt zu werden.

[9]) Oder § 644 II beim Werkvertrage.

in Annahmeverzug geraten ist[10]). Es ist dieser Ansicht ohne Einschränkung nicht zuzustimmen. Zweifellos kann allerdings bloße Ausscheidung seitens des Schuldners keine Konzentration bewirken. Auch ein Einpacken der zur Leistung bestimmten Sache genügt nicht[11]). Dieses auch nicht bei Holschulden, wo immerhin noch eine Anzeige, mündlich oder schriftlich, von der erfolgten Aussonderung an den Gläubiger hinzukommen muß[12]). Denn der Gläubiger muß in die Möglichkeit versetzt werden, sich über die Annahme der spezialisierten Sache schlüssig zu machen. Es muß also vor allen Dingen die ausgesonderte Ware für den Gläubiger zur Abholung bereitgestellt und dadurch der Übergabetatbestand auf seiten des Schuldners hergestellt sein[13]). Von einer wirksamen Aussonderung, Bereitstellung und Anzeige kann auch dann erst die Rede sein, wenn der Schuldner nach § 271 BGB. zur Leistung berechtigt ist. Allen Erfordernissen kann aber schon v o r dem Zeitpunkt entsprochen sein, in dem der Gläubiger in Verzug gerät. Daraus ist auch zu folgern, daß Annahmeverzug des Gläubigers zur Konzentration der Holschulden nicht erforderlich ist[14]). Bei Bringschulden allerdings wird eine Konzentration erst dann eintreten, wenn der Gläubiger in Annahmeverzug gerät. Hier hat ja der Schuldner so lange die Leistungsgefahr zu tragen, bis er die Sachen zum Gläubiger gebracht und diesem angeboten hat. Wird das Angebot angenommen, so kommt es zur Erfüllung des Schuldverhältnisses; von einer Konzentration braucht in einem solchen Falle nicht gesprochen zu werden. Verweigert der Gläubiger die Annahme, dann muß Konzentration eintreten, denn der Schuldner hat ja alles seinerseits Erforderliche getan.

C. Ergebnis.

Außer der Spezialisierung ist also zur Konzentration erforderlich:

1. bei der Schickschuld Übergabe an die Übermittlungsperson;

2. bei Hol- und Bringschulden muß der Übergabetatbestand auf seiten des Schuldners hergestellt sein. Bei der Holschuld muß also eine

---

[10]) U. a. P l a n c k (3. Aufl.) zu § 243 Bem. 4 am Ende; G r ü n e n w a l d S. 36; S p i e l b e r g S. 35.

[11]) RG. in Gruchot 66 S. 215.

[12]) RG. 57 S. 405.

[13]) O e r t m a n n zu § 243.

[14]) Es wird auf das oben S. 12 gebrachte Beispiel verwiesen. Ein Annahmeverzug des Gläubigers kam nicht in Frage, da eine längere Abnahmezeit vereinbart war. Daß aber mit Bereitstellung der geschuldeten Leistung zum frühmöglichsten Abnahmetermin der Schuldner alles seinerseits Erforderliche getan hat, kann schlechthin nicht geleugnet werden.

Anzeige von der erfolgten Spezialisierung an den Gläubiger erfolgt sein, während bei der Bringschuld Realangebot seitens des Schuldners erfolgen muß. Ausnahmsweise ist dem Schuldner aus Billigkeitsrücksichten das tatsächliche Angebot erspart. Es sind dieses die in § 295 BGB. geregelten Fälle, wo der Gläubiger erklärt hat, er werde die Sachen nicht annehmen, oder wo zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, wie z. B. bei einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers.

Wir haben die Mindesterfordernisse geschildert, denen hinsichtlich der Leistungstätigkeit des Schuldners entsprochen werden muß, damit Konzentration eintrete. In einzelnen Fällen wird möglicherweise die Verkehrssitte ein Weiteres vom Verhalten des Schuldners erfordern. Eine allgemeine Formel kann hierfür jedoch nicht gegeben werden, da im konkreten Falle aus der Verkehrssitte zu entnehmen ist, welche Erfordernisse zur Konzentration erforderlich sind. Da die Verkehrssitte auf Grund des Bedürfnisses des Geschäftsverkehrs gebildet wird, die Bedürfnisse des Geschäftsverkehrs aber im Laufe der Zeit wegen veränderter Umstände verschieden sind, so erhellt, daß auch im Laufe der Zeit die zur Herbeiführung einer Konzentration zu erfüllenden Voraussetzungen verschieden sein werden. Den Mindesterfordernissen muß jedoch immer entsprochen werden. Fehlt hiervon nur eins, so kann von einer Konzentration keine Rede sein.

Wie bereits oben ausgeführt, muß auch gewissen Erfordernissen hinsichtlich des Leistungsgegenstandes entsprochen worden sein. Erst die Bereitstellung einer fehlerfreien Ware, wie sie der Gläubiger auf Grund des Vertrages fordern kann, begründet vollkommene Leistungsbereitschaft des Schuldners. Damit kommen wir zur Feststellung der Erfordernisse hinsichtlich der zu leistenden Sache.

II. Erfordernisse hinsichtlich des Leistungsgegenstandes.

§ 243 bestimmt, daß die zu liefernde Sache mittlerer Art und Güte sein solle[15]). Es bedarf kaum des Hinweises, daß die Entscheidung, was im Einzelfalle hierunter zu verstehen, in erster Linie unter Berücksichtigung der jeweiligen Verkehrsanschauung zu treffen ist[16]). Mit der Feststellung, daß weder das Beste noch das Schlechteste,

[15]) Vgl. auch den Wortlaut des § 360 HGB.

[16]) Daß die Vorschrift des § 243, wonach der zu liefernde Gegenstand von mittlerer Art und Güte sein muß, durch Vertrag wegbedungen werden kann, ergibt sich aus dem dispositiven Charakter jeder schuldrechtlichen Rechtsnorm.

noch das, was beiden ganz nahe stehe, geleistet werden könne und müsse[17]), ist in der Hauptsache wenig gesagt. Denn die zwei in der Mehrzahl der Fälle fast ausnahmslos akut werdenden Fragen, ob eine schlechtere oder bessere Ware geliefert werden dürfe, sind damit nur allgemein berührt.

Eine schlechtere Ware als vereinbart oder als nach § 243 gesetzlich zulässig, darf nicht geliefert werden. Das in § 243 aufgestellte Erfordernis der mittleren Art und Güte bildet den Maßstab für die Beschaffenheit der zu liefernden Sache. Entspricht die Beschaffenheit der Sache diesem Maßstabe nicht, so kann sie als Erfüllungsgegenstand nicht in Betracht kommen. Der in bezug auf die nicht mittlerer Art und Güte entsprechenden Sache vorgenommene einseitige schuldnerische Konzentrationsakt entbehrt somit seiner rechtlichen Bedeutung[18]), es sei denn, daß die dem Schuldner zur Verfügung stehende nur geringere Qualität als lieferbar bedungen ist.

Recht bestritten ist die Frage, ob die zu liefernde Sache besser als mittlerer Art und Güte sein dürfe. Im allgemeinen wird wohl der Schuldner mit einer solchen Sache Konzentration herbeiführen können[19]). Daß natürlich keine höhere Gegenleistung, als ursprünglich festgesetzt, gefordert werden darf, ist selbstverständlich. Es sind jedoch Fälle denkbar, wo der Käufer ein Interesse daran hat, gerade nur Waren mittlerer Art und Güte zu bekommen[20]). Diese Fälle dürften allerdings sehr selten sein. Jedenfalls nur in solchen Fällen kann der Gläubiger die Ware als nicht vertragsmäßig zurückweisen.

Daß die zu liefernde Mittelsorte fehlerfrei sein muß, wurde bereits dargelegt[21]). Es ergibt sich das — wie auch schon gesagt — aus der Natur des Gattungsschuldverhältnisses und weiter aus der Vorschrift des § 480, wonach der Käufer statt der gelieferten mangelhaften eine mangelfreie Sache verlangen kann.

Das bisher Gesagte betrifft die Qualität des Leistungsgegenstandes. Derselbe hat aber, soll Konzentration eintreten, auch gewissen quantitativen Erfordernissen zu genügen. Deshalb muß die Leistung zunächst vollständig sein. Der § 266 bestimmt ausdrücklich, daß der Schuldner zu Teilleistungen nicht berechtigt ist[22]). Verweigert also der

---

[17]) Goldschmidt a. a. O. § 62.

[18]) Vgl. H. A. Fischer a. a. O. S. 188.

[19]) Fischer S. 188; Oertmann zu § 243; Planck zu § 243.

[20]) So könnte z. B. nur die mittlere Art einer Gattung marktfähig sein, oder aber der Käufer wollte sein vorhandenes Restquantum durch Neuanschaffung einheitlich ergänzen. Vgl. auch Cuno S. 25; Ricken S. 9; Merziger S. 31.

[21]) Vgl. oben § 6.

[22]) Kann natürlich durch Vertrag wegbedungen werden.

Gläubiger die Annahme der unvollständigen Leistung — er ist hierzu berechtigt, sogar wenn diese teilbar ist oder deren Annahme seinem Interesse nicht widerstreitet —, so bleibt auch die Konzentration aus. Immerhin darf aber der Gläubiger sein Recht nicht schikanös oder wider Treu und Glauben ausüben. Für die gegenseitigen Verträge (§ 320 BGB.) ist weiterhin zu beachten, daß bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils die Gegenleistung nicht versagt werden kann. Deshalb steht ein verhältnismäßig geringfügiger quantitativer Mangel dem Konzentrationsvollzug nicht entgegen, sofern nur die anderen wesentlichen Bedingungen für die Konzentration des Schuldverhältnisses gegeben sind.

Zur ordnungsmäßigen Lieferung gehört weiter noch die Freiheit von Rechtsmängeln. Ist die zur Lieferung bestimmte Sache mit einem Rechtsmangel behaftet, so kann von Leistungsbereitschaft, auch von nur unvollkommener, nicht die Rede sein. Die Rechtsgültigkeit der Leistung ist in das Belieben des berechtigten Dritten gestellt. Konzentration tritt aber nur ein, wenn der Berechtigte seine Einwilligung zum Verhalten des Verkäufers erteilt[23]).

§ 9.

Das Wesen der Schuldbeschränkung und ihre Wirkung.

Im § 243 II heißt es: Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen (also nur der Gattung nach bestimmten) Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache. An den Tatbestand des § 243 II wird also als Rechtsfolge eine Beschränkung des Schuldverhältnisses geknüpft.

Unter Schuldverhältnis versteht man nun das relative Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen, von denen die eine (der Gläubiger) von der andern (dem Schuldner) eine Leistung zu verlangen hat[24]). Auf der einen Seite besteht also eine Forderungsberechtigung des Gläubigers und auf der andern Seite eine Leistungverpflichtung des Schuldners. Das Schuldverhältnis, also dieses persönliche Rechtsverhältnis, erleidet nach dem Gesetze eine Beschränkung. Nur das persönliche Schuldrechtsverhältnis wird demnach gemäß dem Wortlaut

---

[23]) Die Fälle, in denen der Gläubiger auf Grund seines guten Glaubens Eigentümer einer fremden Sache wird, sind hier nicht zu behandeln. Denn sie setzen Leistung, also Erfüllung, voraus, nicht nur Leistungsbereitschaft.

[24]) Vgl. Enneccerus § 225; Oertmann Vorbem. 3 vor § 241; v. Tuhr, Allgem. Teil des Bürgerl. Rechts Bd. I S. 123 ff.

des Gesetzes eingeschränkt, nicht dagegen der Kreis der zur Erfüllung tauglichen Sachen, wie die herrschende Lehre dies annimmt. Nur die Leistungsverpflichtung des Schuldners einerseits und die Forderungsberechtigung des Gläubigers andererseits werden durch die Vorschrift des § 243 II berührt. Durch die Worte: beschränkt sich ... „auf diese Sache" hat nur der Umfang der Einschränkung bezeichnet werden sollen[25]).

Das Schuldverhältnis in seiner Gesamtheit wird eingeschränkt, es ist die Einschränkung daher notwendigerweise zweiseitig. Nur ausnahmsweise wirkt die Einschränkung einseitig, nämlich dann, wenn auf Grund unvollkommener Leistungsbereitschaft des Schuldners dem Gläubiger die verschiedenen Rechte aus § 480 zustehen. Es ist dieses aber nicht eine willkürliche Konstruktion, sondern eine Folge, die sich aus dem klaren Wortlaut des § 480 ergibt, wonach nur dem Gläubiger die Wahl zusteht, von welchem Rechte er Gebrauch machen will.

Im einzelnen ist nunmehr auszuführen, inwieweit die Leistungspflicht des Schuldners bzw. das Forderungsrecht des Gläubigers durch die Schuldbeschränkung berührt werden.

Die Leistungspflicht des Schuldners beschränkt sich auf „diese Sache", d. h. der Schuldner braucht als das künftige Erfüllungsobjekt nicht mehr wie bisher jede Gattungssache, sondern nur noch die von ihm spezialisierte Sache gelten zu lassen. Es ergibt sich eine Beschränkung im Erfüllungsobjekt. Diese, sonst mit der Erfüllung eintretende Rechtsfolge wird kraft Gesetzes auf einen früheren Zeitpunkt vollzogen, so daß man mit Breit[26]) von einer antizipierten Erfüllungswirkung sprechen kann. Breit definiert denn auch die Konzentration als „die Antizipation der mit der Erfüllung einer Gattungsschuld begrifflich notwendig verbundenen Beschränkung des Erfüllungsobjektes auf einen früheren Zeitpunkt"[27]). Die spezialisierte Sache ist aber nicht Vertragsgegenstand[28]) geworden[29]), sie ist daher auch nicht

[25]) Anders die herrschende Lehre, die den Nachdruck auf die Worte „diese Sache" legt und demgemäß von einem nunmehr alleine vorhandenen Schuldgegenstand spricht und so zu dem Schluß gelangt, daß an Stelle der bisher bestehenden Gattungsschuld eine Speziesschuld getreten sei.

[26]) a. a. O. § 14 II.

[27]) Breit a. a. O. S. 149.

[28]) Vgl. oben § 2. Vertragsgegenstand ist nach der von uns übernommenen Ansicht von Staudinger-Werner der durch die Leistung der geschuldeten Sache zu bewirkende Erfolg; mittelbar ist demnach auch der geschuldete Gegenstand Vertragsgegenstand.

[29]) Vertragsgegenstand ist nach wie vor „eine" Gattungssache. Denn beim Gattungsschuldverhältnis wird die Leistung „einer" Sache ge-

die vom Zeitpunkt der Leistungsbereitschaft an allein geschuldete Sache in der Hinsicht, daß nur durch Leistung dieser Sache noch das Schuldverhältnis erfüllt werden könnte. Der Gattungscharakter des Schuldverhältnisses ist unberührt geblieben. Der Schuldner kann sich zwar auf die eingetretene Beschränkung im Erfüllungsobjekt berufen — und er wird es tun, falls es für ihn von Vorteil ist —, wenn die spezialisierte Sache ohne sein Verschulden untergegangen ist. Er wird dann von seiner Leistungspflicht frei. Er braucht aber die eingetretene Schuldbeschränkung nicht einzuwenden [30]), wenn er sich ohne Geltendmachung der Konzentration besser steht.

Oben wurde schon ausgeführt, daß die Vorschrift des § 243 II eine Belohnung des Schuldners bezweckt, der sich obligationsgemäß verhalten hat [31]). Er sollte von der so gut wie unbegrenzten Leistungspflicht aus § 279 befreit werden. Die Konzentration sollte also in erster Linie zugunsten des Schuldners wirken. Diesem muß es daher anheimgestellt werden, ob er von der Vergünstigung Gebrauch machen will oder nicht. Es muß ihm unbenommen bleiben, sich gegebenen Falles auf das Fortbestehen der Gattungsschuld zu berufen.

Von einer Einschränkung des Forderungsrechtes des Gläubigers kann eigentlich nicht gesprochen werden, da dieses durch die Konzentration eher eine Erweiterung erfährt. Konnte bisher der Gläubiger nur Erfüllung schlechthin verlangen, so kann er jetzt die Erfüllung des Schuldverhältnisses gerade mit der spezialisierten Sache fordern. Der Anspruch des Gläubigers auf Lieferung der spezialisierten Sache ist ein Äquivalent dafür, daß das Schicksal der ausgeschiedenen Spezies entscheidend ist für das Schicksal der Gattungsschuld. Dieses Recht des Gläubigers hat aber gegenüber dem Interesse des Schuldners an der Konzentration nur einen sekundären Charakter [32]). Daraus folgt, daß im Falle nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Leistung der ausgeschiedenen Spezies dem Schuldner die entscheidende Stimme zusteht, ob er sich auf die Konzentration berufen will oder nicht.

Der sekundäre Charakter des Gläubigeranspruchs auf Lieferung der spezialisierten Sache bringt es wohl mit sich, daß Kohler [33]) und Leonhard [34]) von einer einseitigen Beschränkung des Schuldverhältnisses nur zugunsten des Schuldners sprechen [35]).

schuldet. Nach Konzentration wird die spezialisierte Sache in mancher Beziehung gleichsam als Vertragsgegenstand behandelt. Doch kann durch Hinzutreten weiterer Umstände diese Wirkung wieder beseitigt werden.

[30]) Vgl. Breit a. a. O. S. 150.

[31]) Vgl. § 3 Diss.

[32]) Vgl. Breit S. 155.

[33]) Kohler a. a. O. II S. 106 ff.

[34]) Leonhard, Allgem. Teil des Schuldrechts § 40.

[35]) Vgl. auch oben § 4.

Nach der herrschenden Lehre ist die Konzentration ein Ausfluß des Wesens der Gattungsschuld und stellt etwas Einheitliches, die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld dar. In welche Schwierigkeiten demgemäß die herrschende Lehre bei der Erklärung der Rechte aus § 480 gerät, wurde schon dargelegt. Auch muß von der herrschenden Lehre vielfach, um den wirtschaftlichen Bedürfnissen gerecht zu werden, die einmal erfolgte Umwandlung unter Berufung auf die §§ 226, 242 wieder beseitigt werden. Die frühere Gattungsschuld muß also wieder von der starren und unbiegsamen Form der Speziesobligation in die elastische Form der Gattungsobligation rücküberführt werden, damit den wirtschaftlichen Erfordernissen Genüge getan wird.

Wir führten bereits aus[36]), daß eine Konzentration nicht durch das Wesen der Gattungsschuld bedingt ist, sondern daß es eine Frage der Praktikabilität war, ob überhaupt eine Konzentration zu schaffen sei, wie auch, in welchem Umfang sie wirken sollte.

So sehen wir die Konzentration als einen Komplex von Rechtsbeziehungen an, „aller der Rechtsbeziehungen, in denen die spezialisierte Sache kraft positiven Rechtes als antizipiertes Erfüllungsobjekt zu betrachten ist, und deren Gesamtheit man zweckmäßig unter der Bezeichnung ‚Konzentration' zusammenfaßt"[37]).

Da also die Konzentration nicht etwas Einheitliches ist, welches entweder ganz oder gar nicht eintreten kann, ist es im einzelnen Falle sehr wohl möglich, daß nicht die Gesamtheit der Rechtsfolgen, sondern nur einzelne von ihnen ausgelöst werden. Es kann im konkreten Falle eine Beschränkung zugunsten beider Parteien oder auch nur zugunsten einer Partei eintreten. Und ebenso können alle oder nur verschiedene Konzentrationswirkungen, je nach dem Grade der Leistungsbereitschaft, eintreten. Damit ist die Möglichkeit einer individuellen, also auch billigen Entscheidung bei den verschiedenen Tatbeständen gegeben.

Daß das Gesetz den Eintritt beschränkter Konzentrationswirkungen kennt, geht aus den Gewährleistungsansprüchen hervor. Die Zulassung des Nachlieferungsanspruches im § 480 (wie auch im § 491 BGB.) beweist, daß die normale Rechtsfolge der Konzentration — die Verpflichtung des Gläubigers, die erbrachte Leistung als Erfüllungsleistung ansehen zu müssen — nicht eintritt[38]). Es besteht für den Gläubiger kein Zwang, die ausgeschiedene mangelhafte Sache als Erfüllungsobjekt gelten zu lassen. Er k a n n sie aber als solches betrachten

[36]) Vgl. §§ 2 und 3 Diss.
[37]) Vgl. B r e i t S. 150.
[38]) B r e i t S. 164.

und kann das vom Schuldner gemachte Anerbieten, fehlerfreie Ware liefern zu wollen, zurückweisen und statt dessen Wandlung oder Minderung beanspruchen. Es ist also ganz in das Belieben des Gläubigers gestellt, die gelieferte mangelhafte Ware als Erfüllungsobjekt zu behandeln oder nicht. Der Schuldner muß sich dem Entschluß des Gläubigers in einem solchen Falle fügen. Damit ist bewiesen, daß Konzentrationswirkungen lediglich zugunsten nur einer Partei — d. h. also: auch nur teilweise — eintreten können.

Die wirtschaftliche Tragweite der Auffassung, daß der Gattungscharakter des Schuldverhältnisses durch die Konzentration nicht verloren geht, sowie die Rechtfertigung dieser Auffassung, zeigt sich in der durch unsere Theorie ermöglichten Behandlung der einzelnen Fälle[39]).

a) Die ausgeschiedene Ware geht nach der Konzentration durch Verschulden des Schuldners unter oder der Verkäufer verschuldet auf andere Weise die Unmöglichkeit der Lieferung des ausgeschiedenen Quantums.

Nach der herrschenden Lehre kann der Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 280, 325 BGB.) nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder, bei gegenseitigen Verträgen, vom Vertrage zurücktreten. Der Nachlieferungsanspruch muß nach der herrschenden Theorie dem Gläubiger versagt bleiben, da ja die Gattungsschuld zur Speziesschuld geworden ist. Was aber nutzt dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch, wenn er gerade an einer Lieferung Interesse hat. Es erscheint natürlicher und auch dem Charakter des Gattungsschuldverhältnisses durchaus entsprechend, wenn der Schuldner nach von ihm verschuldeten Untergang der spezialisierten Sache zur Lieferung einer andern Spezies derselben Gattung verpflichtet bleibt.

Auf Grund der eingetretenen Konzentration hatte der Gläubiger einen Anspruch auf Lieferung der spezialisierten Sache. Der Schuldner hat nicht die Befugnis, dieses Recht des Gläubigers zu mißachten. Auf die eingetretene Konzentration darf sich daher der Schuldner nicht berufen, denn das hieße, daß er aus eigener Culpa Rechte herleiten dürfte. Wir sahen bereits, daß beim Zustande der unvollkommenen Leistungsbereitschaft die Rechtslage sich so verschoben hat, daß der Gläubiger nunmehr über den Eintritt oder Nichteintritt der Konzentration zu bestimmen hat. Dieses Recht gebührt dem Gläubiger um so mehr, wenn der Schuldner einen Zustand mangelnder Leistungsbereitschaft herbeigeführt hat. Der Gläubiger braucht also den Einwand der Spezialisierung keinesfalls gegen sich gelten zu lassen. Dem Schuldner ist es in einem solchen Falle verwehrt, irgend welche Rechte

[39]) Vgl. Breit S. 156ff.

aus der eingetretenen Schuldbeschränkung abzuleiten. Es liegt allein beim Gläubiger, zu bestimmen, ob der Schuldner die vertragsgemäße Gattungsleistung oder die durch das Gesetz bestimmte Ersatzleistung (also Schadensersatz) erbringen soll.

Ebenso liegt der Fall, wenn der Schuldner die bereits ausgeschiedene und dem Frachtführer übergebene Sache wieder zurücknimmt, anderweitig verkauft oder wieder mit der Gattung vermengt. Auch hier hat der Gläubiger das Bestimmungsrecht, ob er die eingetretene Konzentration gelten lassen will oder nicht, ob er also Lieferung oder Schadensersatz beansprucht. Der Schuldner hat kein Nachlieferungsrecht. Es liegt also nicht in seinem Belieben, den etwa geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz oder Rücktritt durch Leistung der vertragsmäßig geschuldeten Gattungssache abzuwenden. Wie der Verkäufer bei unvollkommener Leistungsbereitschaft sich jeden Bestimmungsrechtes begeben hat, so erst recht hat er das im Falle des selbstverschuldeten Unterganges der spezialisierten Ware.

b) Die ausgeschiedene Ware geht nach der Konzentration ohne Verschulden des Verkäufers unter.

Durch Untergang des Erfüllungsobjektes ist die eingetretene Erfüllungsbeschränkung aufgehoben. Das Gattungsschuldverhältnis wird an sich dadurch nicht berührt. Es besteht nach wie vor. Jedoch kann dem Leistung verlangenden Gläubiger der Einwand der eingetretenen Konzentration entgegengehalten werden. Es kommt hier die Vorschrift des § 243 II voll zur Geltung. Hier erfüllt diese Vorschrift ihren Zweck. Den Schuldner, der alles seinerseits Erforderliche getan hat, soll eine Leistungsverpflichtung im Ausmaß des § 279 nicht mehr treffen.

Eine andere Frage ist es, ob der Schuldner noch zur Erbringung der vertragsgemäßen Leistung berechtigt ist. Entgegenstehen könnte einem solchen Rechte des Schuldners nur das durch Konzentration für den Gläubiger entstandene Recht, Erfüllung mit der spezialisierten Sache verlangen zu können. Hier kommt es aber zur Geltung, daß das Recht des Gläubigers, sich auf die Konzentration berufen zu dürfen, nur ein sekundäres gegenüber dem des Schuldners ist. Im Falle unverschuldeten Unterganges der spezialisierten Sache kann sich also der Schuldner auf die Konzentration berufen. Tut er das nicht, will er vielmehr die geschuldete Gattungsleistung erbringen, so kann der Gläubiger die Leistung nicht ablehnen unter Berufung auf die frühere Konzentration.

c) Der Grundsatz, daß man aus eigenem Verschulden keine Rechte herleiten kann, ist auch zu beachten bei dem Falle, in dem der Gläubiger ohne Grund die Annahme der konkretisierten Sache verweigert und somit dem Schuldner die Möglichkeit, mit der ausgeschiedenen

Sache die Schuld ordnungsgemäß zu erfüllen, vereitelt. Der Gläubiger kann sich auf die eingetretene Konzentration nicht berufen. Er hat nicht einen Anspruch auf Lieferung der ausgeschiedenen Ware; diesen hat er sich durch sein Verhalten verwirkt. Er kann nur Lieferung einer der Gattung nach bestimmten Ware verlangen. Der Schuldner kann sich aber selbstverständlich auf die Konzentration berufen und gegebenen Falles alle Rechtsfolgen daraus für sich herleiten.

§ 10.

Schlußbemerkung.

Gesetze haben den Zweck, ein geordnetes Zusammenleben der Menschen herbeizuführen. Demgemäß beruht auch der Inhalt der Rechtssätze auf der Erkenntnis und Wertung der nebeneinander bestehenden und sich bekämpfenden Zwecke und Bedürfnisse des Lebens. Jede Rechtsnorm verfolgt also den Zweck, die im konkreten Falle — d. h. also bei Vorliegen des Tatbestandes der Rechtsnorm — sich gegenüberstehenden Interessen in einer bestimmten Weise zu regeln.

Wir haben festgestellt, daß der Gesetzesbefehl in § 243 II BGB. mehrdeutig ist, als er eine Schuldumwandlung wie auch nur eine Schuldbeschränkung anordnen kann. Es ist also Aufgabe der Rechtslehre, unter Beachtung des vom Gesetz verfolgten Zweckes hier die richtige Auslegung zu finden.

Wir haben festgestellt, daß § 243 II lediglich den Leistungsgefahrübergang bei Gattungsschulden regeln soll. Der Grund für einen solchen Leistungsgefahrübergang liegt nicht in Strukturvorgängen, sondern in der Rücksicht auf die Interessen des Schuldners, der seiner Vertragspflicht durch entsprechendes Verhalten genügt hat. Weiter besteht auch kein Grund für die Annahme, daß nicht eine Gattungsschuld ebenso wie eine Speziesschuld durch Spezialleistung untergehen könne. Da demgemäß eine Schuldumwandlung nach § 243 II nicht erforderlich ist, die von uns verfochtene Lehre aber dem Zweck des § 243 II voll entspricht, so behaupten wir, daß als allein gewollte Rechtsfolge an den Tatbestand des § 243 II sich nur eine Beschränkung des Gattungsschuldverhältnisses auf ein Erfüllungsobjekt anschließen kann.

Wir können zwar nicht leugnen, daß die durch weitgehende Anwendung der Vorschriften über Schikane oder Treu und Glauben „verbesserte" Transmutationstheorie in den einzelnen Fällen zu gleichem Ergebnis kommt wie wir. Dennoch — oder gerade deshalb — dürfte die hier verfochtene Lehre, die ohne Zuhilfenahme dieser recht dehnbaren Gesetzesvorschriften zu billigen Ergebnissen gelangt, den Vorzug verdienen.

Lebenslauf.

Ich, Albert Wilms, bin am 24. Mai 1903 als Sohn des Kaufmanns Ernst Wilms und seiner Ehefrau Emilie geb. Gaul in Barmen geboren. Nach Besuch der Vorschule in Barmen trat ich Ostern 1913 in die Sexta des Gymnasiums zu Solingen ein. Mit der Reife für Obersekunda verließ ich diese Anstalt Ostern 1919. Dann erlernte ich die Landwirtschaft. Nach bestandener Landwirtschaftsgehilfenprüfung besuchte ich vom S.-S. 1922 ab die Universität Hamburg und hörte hier naturwissenschaftliche und volkswirtschaftliche Vorlesungen. Gleichzeitig war ich Volontär und später Prokurist bei Hamburger Fabrikunternehmen. Später bereitete ich mich neben meiner beruflichen Tätigkeit auf das Abitur vor, welches ich Ostern 1927 an der staatlichen Oberrealschule in Bad Oldesloe als Extraneer bestand. Ich studierte dann 6 Semester Rechtswissenschaft, und zwar 2 Semester an der Universität in Hamburg, 1 Semester an der Universität Kiel und 3 Semester an der Universität in Göttingen. Am 4. Juni 1930 bestand ich am Oberlandesgericht in Celle die Referendarprüfung „vollbefriedigend". Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 20. Februar 1931. Seit dem 1. September 1930 befinde ich mich im Vorbereitungsdienste im Bezirk des OLG. Kiel.